

NORSK VISUMPRAKSIS & VERNET MOT ETNISK DISKRIMINERING

Kandidatnummer: 344

Veileder: Kristian Andenæs

Leveringsfrist: 25.11.2006

Til sammen 17295 ord

24.11.2006

Innholdsfortegnelse

| | |
|---|------------------|
| <u>DEL I</u> | <u>1</u> |
| <u>INNLEDNING</u> | <u>1</u> |
| 1.1 Problemstilling/tema | 3 |
| 1.2 Avgrensning | 3 |
| 1.3 Rettskilder og metode | 4 |
| 1.3.1 Menneskerettigheter | 5 |
| 1.3.2 Menneskerettighetskonvensjonenes stilling i norsk rett | 5 |
| 1.3.3 EU-retten | 7 |
| 1.4 Oppgavens oppbygging | 8 |
| <u>2 VISUM</u> | <u>8</u> |
| 2.1 Oversikt over norsk visumpraksis | 9 |
| 2.2 Rettskilder | 9 |
| 2.2.1 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her | 9 |
| 2.2.2 Det forvaltningsrettslige bakteppet | 10 |
| 2.3 Schengensamarbeidet | 10 |
| 2.4 Vilkår for innvilgelse av visum | 11 |
| 2.4.1 Utlendingsforvaltningens vurdering av de innvandringspolitiske hensyn | 13 |
| <u>3 KRITIKK MOT DAGENS PRAKSIS</u> | <u>14</u> |
| 3.1 Sivilombudsmannen (SOM) | 15 |
| 3.2 Senter mot etnisk diskriminering | 15 |

| | | |
|-----------------------|--|------------------|
| 3.2.1 | Sak 04/301 Avslag på søknad om visum for å bistå herboende i en vanskelig livssituasjon. | 17 |
| 3.2.2 | Sak 03/51 Avslag på søknad om visum fra familiemedlem - Pakistan | 18 |
| 3.3 | Organisasjonen mot offentlig diskriminering (OMOD) | 20 |
| 3.4 | Likestillings- og diskrimineringsombudet (Ldo) | 20 |
| 3.5 | Oppsummering av kritikken | 21 |
| <u>DEL II</u> | | <u>22</u> |
| <u>4</u> | <u>DET RETTSLIGE VERN MOT ETNISK DISKRIMINERING</u> | <u>22</u> |
| 4.1 | Bestemmelser om diskriminering i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner | 23 |
| 4.2 | Saklighetskravet | 25 |
| 4.3 | Direkte og indirekte diskriminering | 27 |
| 4.3.1 | Direkte diskriminering | 27 |
| 4.3.2 | Indirekte diskriminering | 27 |
| 4.3.3 | Utviklingen av vernet av indirekte diskriminering | 28 |
| 4.4 | Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (Diskrimineringsloven) | 31 |
| 4.5 | Oppsummering | 34 |
| <u>DEL III</u> | | <u>35</u> |
| <u>5</u> | <u>NORSK VISUMPRAKSIS OG VERNET MOT ETNISK DISKRIMINERING</u> | <u>35</u> |
| 5.1 | Drøftelsens utgangspunkt | 36 |
| 5.2 | Er utlendingsfeltet vernet av diskrimineringsloven? | 37 |
| 5.3 | Er nasjonalitet et vernet diskrimineringsgrunnlag? | 38 |

| | | |
|-----------------|---|------------------|
| 5.4 | Kravet til individuell behandling og diskrimineringsvernet | 42 |
| 5.4.1 | Det forvaltningsrettslige krav om individuell behandling | 43 |
| 5.4.2 | Diskriminering | 44 |
| 5.5 | Saklighetsvurderingen | 45 |
| 5.5.1 | Objektivt og rimelig formål? | 45 |
| 5.5.2 | Proporsjonalitetskravet-forholdsmessighet mellom mål og middel | 46 |
| 5.6 | Bevisbyrde | 50 |
| <u>6</u> | <u>KAN DAGENS PRAKSIS VIRKE INDIREKTE DISKRIMINERENDE PÅ EN GRUPPES RETT TIL FAMILIELIV?</u> | <u>51</u> |
| 6.1 | Nordmenn med pakistansk opprinnelse | 51 |
| 6.2 | Retten til familieliv | 52 |
| <u>7</u> | <u>HÅNDHEVING</u> | <u>55</u> |
| <u>8</u> | <u>OPPSUMMERING/AVSLUTNING</u> | <u>59</u> |
| <u>9</u> | <u>LITTERATURLISTE</u> | <u>61</u> |

Del I

Innledning

Det rettslige vern mot etnisk diskriminering har i den senere tid blitt vesentlig styrket i norsk rett. Den 1. juli 2002 la regjeringen frem Handlingsplanen mot rasisme og diskriminering (2002 – 2006)¹. I planens forord fremhever regjeringen blant annet at den går inn for at EUs diskrimineringspakke innlemmes i EØS-avtalen og at det skal fremmes et forslag om en ny norsk lov mot etnisk diskriminering. Handlingsplanen var en del av et langsiktig arbeid mot rasisme og diskriminering, og bygget videre på Handlingsplan mot rasisme og diskriminering (1998-2001) som ble lagt frem av regjeringen Bondevik i 1998.² Arbeidet med å sette fokus på og styrke vernet mot rasisme og diskriminering inngår i en større politisk målsetning, et ønske om å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

1. januar 2006 trådte Diskrimineringsloven³ i kraft, og med denne ble FNs rasediskrimineringskonvensjon⁴ en del av intern norsk rett. For å føre tilsyn med denne lov, samt likestillingsloven med den nå inkorporerte kvinnekongresskonvensjonen, har vi fått et nytt likestillings- og diskrimineringsombud og en likestillings- og

¹ Handlingsplan mot rasisme og diskriminering (2002-2006) Tilgang:
<http://odin.dep.no/krd/norsk/publ/handlingsplaner/016011-990006/dok-bn.html>

² Ibid. s. 1

³ Lov 2005-06-03 nr. 33: Lov om forbud på grunn av etnisitet, religion mv.

⁴ De forente nasjoners internasjonale konvensjon 21. desember 1965 om avskaffelse av alle former for rasediskriminering.

diskrimineringsnemnd. Ombudet skal i følge diskrimineringsombudsloven⁵ § 1 første ledd, arbeide for å fremme reell likestilling uavhengig av kjønn, etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn på alle samfunnsområder.

Samtidig som det rettslige vern mot diskriminering har blitt styrket her til lands, har kritikken mot den norske visumpraksis tiltatt. Sosiolog Bente Puntervold Bø skrev så tidlig som i 1989 en kritisk forskningsrapport om besøksvisumspraksis i forhold til pakistanske turister⁶, senere utga hun en doktorgradsavhandling om norsk visumpraksis.⁷ Puntervold Bø er sterkt kritisk til flere aspekter ved norsk visumpraksis, inkludert det hun beskriver som dens diskriminerende side. Flere institusjoner og organisasjoner⁸ som har sitt virke med å jobbe mot etnisk diskriminering, har også i de senere år kritisert praksisen. Deres påstander er at dagens praksis er diskriminerende, både overfor søkere fra visse nasjonaliteter og herboende nordmenn med utenlandsk opprinnelse, som ønsker besøk av sin familie. Argumentasjonen bygger på et skille mellom direkte og indirekte diskriminering. Altså om dagens praksis kan være direkte diskriminerende overfor søkere fra visse nasjonaliteter, om den har en slik virkning at den fører til en indirekte diskriminering av søkere på grunn av etnisitet og nasjonal opprinnelse og til sist om den kan sies å være indirekte diskriminerende ovenfor herboende grupper av nordmenn med utenlandsk opprinnelse, i forhold til deres rett til familieliv.

Norge har utviklet seg til å bli et multikulturelt samfunn, med store befolkningsgrupper som har sin opprinnelse utenfor landets grenser. Dagens visumpraksis kan ha store konsekvenser for livskvaliteten til mange av våre nye landsmenn. Denne avhandlingen tar

⁵ Lov 2005-06-10 nr. 40: *Lov om likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)*

⁶ Bø, Bente Puntervold (1989): Forskningsrapport nr. 26, Diakonhjemmets sosialhøgskole, *"Den selektive kontrollen "adgang forbudt" for pakistanske turister"*, Oslo

⁷ Bø, Bente Punervold (2000) *Immigration control, law and morality: Visa policies towards visitors and asylum seekers-An evaluation of the Norwegian visa policies within a legal and moral frame of reference.* Oslo university college

⁸ Senter mot etnisk diskriminering (SMED), Organisasjonen mot offentlig diskriminering (OMOD) m.v.

sikte på en gjennomgang av dagens rettslige vern mot etnisk diskriminering, og hvorvidt den norske visumpraksis er forenlig med dette vernet.

1.1 Problemstilling/tema

Tema for denne avhandling er å se nærmere på dagens rettslige vern mot etnisk diskriminering på et begrenset område av forvaltningen, nemlig utlendingsforvaltningen og der igjen begrenset til besøksvisumpraksis. Med utgangspunkt i eksisterende kritikk, vil jeg forsøke å gjøre rede for om påstandene om at dagens praksis kan være uforenlig med det rettslige vern mot etnisk diskriminering, både for søkere fra visse nasjonaliteter og for herboende som ønsker besøk av familie og venner, er rettslig holdbare eller ikke.

1.2 Avgrensning

Dette er en avhandling som tar sikte på å gjøre rede for rettstilstanden i forhold til et vern mot **etnisk** diskriminering sett i forhold til en begrenset del av utlendingsretten, nemlig **besøksvisumpraksis**. Å gå nærmere inn på andre diskrimineringsgrunnlag som foreksempel kjønn, funksjonshemming, religion, livssyn, alder mv. vil falle utenfor oppgaven. En gjennomgang av vernet mot diskriminering knyttet til andre samfunnsforhold, som i arbeidslivet og innen strafferetten, vil ikke være i overensstemmelse med oppgavens tema. I tillegg er det kun visumpraksis som er relevant i denne oppgave, om andre deler av utlendingsforvaltningen er uforenlig eller problematisk i forhold til vernet mot etnisk diskriminering vil ikke bli behandlet her.

Av hensyn til språklig egnethet og enkelthet, blir betegnelsen ”visum” brukt som en benevnelse på et visum som utstedes for maksimalt tre måneder og som gjelder for hele Schengenområdet. Et slikt visum blir ofte kalt ”besøksvisum”, ”turistvisum” eller ”Schengenvisum”. Andre former for visum, som foreksempel nasjonalt visum, lufthavntransittvisum, og nødvisum blir ikke behandlet i denne avhandling.

1.3 Rettskilder og metode

Denne avhandling baserer seg i stor grad på norsk lov, forarbeider og forvaltningspraksis. Da diskrimineringsombudet kun har hatt sitt virke siden 1. januar 2006, foreligger det i skrivende stund ikke noe praksis i forhold til oppgavens tema fra Ombudet side, og det er derfor foreløpig uklart hvilken rolle Ombudet vil ha i forhold dette. Videre baserer avhandlingen seg på internasjonale menneskerettighetskonvensjoner og internasjonal praksis. Dette er en juridisk avhandling, metoden er rettsdogmatisk i den forstand at jeg vil undersøke hva gjeldende rett *er*, ikke hva den *bør* være. Det rettslige vern mot diskriminering har vokst frem med menneskerettighetskonvensjonene. Jeg synes dermed det er på sin plass å innledningsvis gjøre rede for disse konvensjoners stilling i norsk rett.

Jeg vil også gjøre noen sammenligninger til EU-retten. Dette synes jeg er viktig av flere grunner. Norge er som kjent ikke medlem av EU, men vi er medlem av EØS, noe som forplikter oss til å etterleve mange av de samme forpliktelser som EU-landene etterlever. I tillegg har vi deltatt i EUs handlingsprogram for å bekjempe diskriminering (2001-2006) som har forpliktet oss til å vurdere og fremme lovgivning i tråd med direktivet om gjennomføring av prinsippet om likebehandling uavhengig av rase og etnisk opprinnelse (Rådsdirektiv 2003/43/EF) samt direktivet om generelle rammebetingelser om likebehandling med hensyn til sysselsetting og arbeid (Rådsdirektiv 2000/78/EF).⁹ Vi har dessuten en rettstradisjon som ligger nært knyttet til mange av medlemslandene i EU. I tillegg utgjør EU en betydelig maktfaktor på den internasjonale arenaen, og har av denne grunn mulighet til å påvirke utviklingen av internasjonal rett både gjennom Europarådet og FN-systemet, som igjen har betydning for Norges vedkommende.¹⁰ Det er spesielt interessant å se på EU-retten ved nærværende tema, da Norge har vært operativ medlem av Schengen siden 2001. Når det innvilges et besøksvisum til Norge, innvilges en rettighet til å besøke hele Schengen-området. Schengensamarbeidet er i dag integrert i EU. Det er derfor av stor interesse å se nærmere på EUs vern mot diskriminering, og i hvilken grad det norske vern

⁹ Ot.prp.nr. 34 (2004-2005) *Om lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)* s. 24

¹⁰ NOU 2002:12 *Rettslig vern mot etnisk diskriminering* s. 125

samsvarer med dette, selv om rådsdirektivene nevnt ovenfor ikke er rettslig bindende for Norges vedkommende.

1.3.1 Menneskerettigheter

Begrepet menneskerettigheter kan brukes for å betegne menneskers grunnleggende rettigheter og friheter.¹¹ Internasjonalt tilsyn med menneskerettighetene vokste frem som en reaksjon mot statenes overgrep overfor individer, spesielt førte overgrepene fra fascistiske, nazistiske og kommunistiske regimer i 1930-årene og under andre verdenskrig til at det ble et behov for å beskytte individene for overgrep fra statene.¹² Det er vanlig å ta utgangspunkt i de folkerettslige reglene når menneskerettighetene skal beskrives, fordi det er her disse rettighetene har utviklet seg hurtigst de siste tiårene. Folkeretten kan beskrives som en mellomstatlig rettsorden.¹³ Men menneskerettighetene står i en særstilling i forhold til folkeretten, da det ikke er snakk om statenes mellomværende, men forholdet mellom stater og individer. Menneskerettighetene forplikter stater og gir individer rettigheter. Nasjonal gjennomføring av menneskerettighetene er den viktigste garantien for at statene sikrer rettighetene. Et internasjonalt tilsyn får først betydning når den nasjonale gjennomføringen svikter, og er derfor subsidiær i forhold til statenes gjennomføring av rettighetene.¹⁴

1.3.2 Menneskerettighetskonvensjonenes stilling i norsk rett

Grunnlovens §110c forplikter statens myndigheter ”at respektere og sikre Menneskerettighetene.” Dette er en prinsipp-bestemmelse¹⁵ som ble tilføyd Grunnloven i 1994. Etter Grl. §110 c annet ledd pålegges staten å gi nærmere bestemmelser om gjennomføringen av menneskerettighetskonvensjonene i lov. Dette pålegget har Stortinget

¹¹ Høstmælingen mfl. (2004) *Arbeidsbok i menneskerettigheter* s. 11

¹² Møse (2002) *Menneskerettigheter* s. 33

¹³ Høstmælingen mfl. (2004) s. 11

¹⁴ Møse (2002) s. 84

¹⁵ Inst.S.nr.172 (1993-1994)

søkt å oppfylle blant annet ved menneskerettsloven av 21. Mai 1999.¹⁶ Etter §1 er lovens formål å sikre menneskerettighetens stilling i norsk rett. Gjennom §2 blir den Europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), og FNs barnekonvensjon (BK), alle med tilleggsprotokoller, gjort til norsk lov. Loven gir konvensjonene trinnhøyde over formell norsk lov, ved bestemmelsen i §3 om at konvensjonene går foran norsk lov ved motstrid. Bestemmelsen er en følge av at selv om lovgiver ikke har hatt et ønske om å gi menneskerettighetskonvensjonene grunnlovs rang, var det ønskelig å styrke deres stilling i eventuelle motstridssituasjoner på annen måte.¹⁷ I menneskerettslovens inkorporerte konvensjoner finnes flere bestemmelser om vern mot diskriminering. Jeg vil komme nærmere tilbake til bestemmelsene og deres innhold i del II.

1. januar 2006 trådte diskrimineringsloven i kraft. Lovens formål er etter §1 ”å fremme likestilling, sikre like muligheter og rettigheter og å hindre diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn.” I lovens § 2 blir FNs Rasediskrimineringskonvensjon (RDK) gjort til norsk lov. Loven inneholder ingen bestemmelse om konvensjonens trinnhøyde i forhold til norsk lov. Dette ble kritisert av FNs rasediskrimineringskomité (CERD) i deres kommentar til Norges 18. rapport etter RDK art. 9. Komiteen uttrykker at den tidligere har etterspurt en inkorporasjon av konvensjonen i menneskerettsloven, og ber Norge vurdere å inkorporere RDK på et høyere nivå i norsk lov, for å sikre at konvensjonen går foran norsk lov ved motstrid.¹⁸

Det er de *inkorporerte* menneskerettighetskonvensjonene som er nevnt ovenfor. Ved inkorporasjon styrkes konvensjonenes stilling i intern rett, og det gis et betydelig signal utad om hvilken posisjon konvensjonene har i vårt rettssystem. Men det betyr ikke at det bare er de inkorporerte menneskerettighetskonvensjoner som er rettslig bindende for oss. Norsk rett bygger på et dualistisk prinsipp. I følge tradisjonell dualistisk lære er norsk rett og folkerett to forskjellige, uavhengige rettsystemer. For at en ratifisert traktat skal bli en

¹⁶ NOU 2002:12 s. 65

¹⁷ Ibid. s. 66

¹⁸ CERD/C/NOR/CO/18, s.3, pkt.14

del av norsk rett, må dette gjøres i en særskilt rettsakt.¹⁹ Tre hovedmetoder foreligger; den første er inkorporasjon som omtalt ovenfor, så har vi transformasjon som medfører at nasjonale regler formuleres i samsvar med de folkerettslige regler. Det som har vært den vanligste metode her til lands er likevel konstatering av normharmoni, også kalt passiv transformasjon. Dette innebærer at norsk rett sammenlignes med folkeretten, og at en kommer frem til at reglene er forenelige med hverandre. Dersom sammenligningen viser at det foreligger motstrid, må Norge enten ta forbehold ved ratifikasjon eller endre norsk rett til å samsvare med folkeretten.²⁰ Presumsjonsprinsippet innebærer at norsk rett formodes å være i samsvar med folkeretten. Dersom norske regler kan forstås på mange ulike måter, men kun en av forståelsene samsvarer med folkeretten, skal denne forståelse legges til grunn. Dermed er folkerettslige traktater relevante rettskilder også etter det dualistiske prinsipp. Men ved klar motstrid mellom folkerett og norsk rett, går norsk rett foran.²¹

1.3.3 EU-retten

Som beskrevet i innledningen, var det et mål for regjeringen i handlingsplanen mot diskriminering og rasisme, å innlemme EUs diskrimineringspakke i EØS-avtalen slik at Norge ville forplikte seg til å legge seg på minst det samme nivået som EU statene på dette området. Dette ble imidlertid ikke gjennomført på grunn av manglende enighet mellom EFTA-landene som er tilsluttet avtalen.²² Denne diskrimineringspakken består i tillegg til EUs handlingsprogram for å bekjempe diskriminering (2001-2006), av rådsdirektiv 2000/43/EF, et direktiv om gjennomføring av prinsippet om likebehandling uavhengig av rase eller etnisk opprinnelse, og rådsdirektiv 2000/78/EF som er et liknende direktiv om generelle rammebetingelser om likebehandling med hensyn til sysselsetting og arbeid. Selv om diskrimineringspakken altså ikke er rettslig bindende for Norge, har den vært sentral ved

¹⁹ Møse (2002) s. 172

²⁰ Ibid. s. 172

²¹ Ibid. s. 172

²² Ot.prp. nr. 33(2004-2005) *Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv.(diskrimineringsloven)* s. 36

utformingen av vår nye diskrimineringslov. Det er spesielt rådsdirektiv 2000/43/EF som er relevant for nærværende tema, og jeg vil derfor komme nærmere in på direktivet i del II.

1.4 Oppgavens oppbygging

Jeg vil begynne med å gi en kort oversikt over dagens norske visumpraksis. Deretter vil jeg gjøre rede for hovedlinjene i kritikken mot denne praksis, med en nødvendig vektlegging av den delen av kritikken som går på diskrimineringsaspektet. Andre former for kritikk som moralske innvendinger mot praksisen, kritikk av konsekvensen visumpraksis har på asylinstituttet, eller forhold ved saksbehandlingen som foreksempel saksbehandlingstiden, vil ikke bli behandlet i avhandlingen.

Etter denne gjennomgang, vil jeg i del II gjøre rede for det materielle innhold i vernet mot etnisk diskriminering med vektlegging av internasjonale menneskerettighetskonvensjoner og praksis etter disse. Deretter vil jeg i avhandlingens del III foreta en drøftelse av hvorvidt forhold ved dagens visumpraksis kan sies å være uforenlig med vernet mot etnisk diskriminering. Jeg vil gjøre en kort redegjørelse for håndheving av den nye diskrimineringsloven, før jeg avslutter med noen oppsummeringer.

2 Visum

Dette er ikke en avhandling om norsk visumpraksis som sådan, men en framstilling med sikte på å redegjøre for i hvilken grad dagens praksis er forenlig med det rettslige vern mot etnisk diskriminering. Det vil derfor falle utenfor oppgaven å gå i dybden på visuminstituttet og dets stilling i utlendingsretten og forvaltningsretten. Men som et utgangspunkt for den videre framstilling, vil en kort gjennomgang av visuminstituttet være på sin plass.

Det er et grunnleggende folkerettslig prinsipp at enhver stat har rett til å kontrollere og begrense innvandring av utenlandske statsborgere til riket. Dette betyr at ingen stater har en rettslige forpliktelse overfor utenlandske borgere som befinner seg utenfor statenes

territorium. En utlending kan altså ikke påberope seg en juridisk rett til innreise til et annet land, verken for kortvarig opphold eller bosetting. Ingen internasjonale menneskerettighetskonvensjoner gir utlendinger en rett til innreise. Dette er forankret i suverenitetsprinsippet, som går ut på at alle stater er suverene og ikke underkastet noen annen vilje enn sin egen.²³ Siden det er selve grensekryssingen som medfører rettslige forpliktelser for mottakerlandet, blir det å hindre innreise den mest effektive måten å begrense statens juridiske forpliktelser overfor utenlandske borgere på.

2.1 Oversikt over norsk visumpraksis

Visum er rettslig sett en innreisetillatelse som gir rett til å passere utstederstatens territorialgrense.²⁴ Hovedregelen er at det kreves visum for innreise til Norge og til Schengenområdet for tredjelandsborgere. Dette utgangspunktet er modifisert ved at det er inngått visumfrihetsavtaler med en rekke land, og ved unntaksregler i det nasjonale regelverket.²⁵

2.2 Rettskilder

2.2.1 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her²⁶

Utlendingsloven (utl.) § 25 gir hjemmel for å kreve visum. Utlendingsloven er en såkalt rammelov og vilkårene for å utstede visum er videre overlatt til regjeringen, som regulerer dette i utlendingsforskriften (utlf.) §§ 104-113a. Utlendingsdirektoratet (UDI) har gitt utfyllende retningslinjer i rundskriv.²⁷ Reglene om visum må sees i sammenheng med

²³ Ruud, Ulfstein og Fauchald(1997) *Utvalgte emner i folkerett* s. 14

²⁴ Bunæs, Runa...[m.fl.] (2004): *Utlendingsrett* s. 104

²⁵ NOU 2004:20 *Ny utlendingslov* s. 280

²⁶ Lov 1988-06-24 nr. 64 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

²⁷ Tilgang: <http://www.udi.no/templates/RundskrivOversikt.aspx?id=2068>

Schengen-samarbeidet og er regulert i Schengen-konvensjonen art. 9 til 24. Praktiske sider ved utstedelse av visum er utfyllende regulert i Konsulærinstruksen og Felleshåndboken.²⁸

Det følger av utlendingslovens § 25 sjette ledd, at søknad om visum avgjøres av UDI. Det følger videre av samme bestemmelse, at myndighet til å avgjøre søknad om besøksvisum, også kan legges til utenriktjenesten.

Avgjørelsen av en visumsøknad er et enkeltvedtak som kan påklages til Utlendingsnemnda (UNE) eller UDI, avhengig av om det er UDI eller en utenriksstasjon som er førsteinstans. I 2005 ble det gjort omtrent 95 000 vedtak i visumsaker ved UDI og utenriksstasjonene, omkring 85 100 vedtak (89 %) var positive.²⁹

2.2.2 Det forvaltningsrettslige bakteppet

Det følger av utlendingsloven § 32 at forvaltningsloven (fvl) gjelder når annet ikke følger av utlendingsloven. Fvl § 17 gir bestemmelser om forvaltningsorganenes utrednings- og informasjonsplikt, mens § 25 bestemmer hva begrunnelsen må inneholde. I tillegg kommer de ulovfestede normer om god forvaltningsskikk jf. Eckhoff/Smith.³⁰ Av disse ulovfestede prinsippene følger blant annet at det ikke må tas utenforliggende og ulovlige hensyn eller foretas usaklig forskjellsbehandling.³¹

2.3 Schengensamarbeidet

Schengensamarbeidet var opprinnelig et samarbeid om opphør av grensekontroll mellom Benelux-landene, Frankrike og Tyskland. Senere ble Portugal, Spania, Østerrike, Italia og Hellas med i samarbeidet, mens Storbritannia og Irland valgte å stå utenfor.³² I dag består medlemslandene av 13 EU-stater, samt Norge og Island. Schengenkonvensjonen ble vedtatt i 1990, og trådte i kraft i 1995. Den omfatter blant annet grensekontroll, politisamarbeid og

²⁸ Bunæs, Runa...[m.fl] (2004) s. 104

²⁹ UDI "Tall og fakta 2005", tilgang: <http://www.udi.no/upload/Presse/TallOgFakta/2005/NyNorsk.pdf>

³⁰ Eckhoff, Torstein (2006) *Forvaltningsrett*, 8. utgave ved Eivind Smith s. 178

³¹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 27

³² NOU 2004:20 s. 79

visumsamarbeid. Grunntanken er at ved å avskaffe de indre grenser, samtidig som hvert land utfører yttergrensekontroll på vegne av de andre, styrkes samarbeidet og samhörigheten mellom landene, og på denne måten bidrar samarbeidet til å gjennomføre prinsippet om fri bevegelse av personer.³³ Via Amsterdam-traktaten, som ble vedtatt i 1997 og trådte i kraft i 1999, ble Schengen-samarbeidet en del av EU. Norge og Island ble operative medlemmer av samarbeidet den 25. Mars 2001.³⁴

Det følger av Schengen-avtalen art. 9 første ledd, at konvensjonspartene forplikter seg til å harmonisere sin visumpolitikk. Et ledd i harmoniseringsprosessen er felles liste over de land hvor borgerne må ha visum for å besøke Schengenområdet. På grunn av samarbeidet har Norge sagt opp visumfrihetsavtaler med 10 land.³⁵ Norge er forpliktet til å føre en felles visumpraksis med de andre Schengen-statene, men dette har i følge UDI ikke medført vesentlige endringer i norsk visumpraksis.³⁶

2.4 Vilkår for innvilgelse av visum

Utlf. § 106 inneholder en rekke vilkår for å innvilge visum. § 106 er en ”kan” bestemmelse, den gir dermed ikke noe rettskrav på visum.³⁷ Bestemmelsen setter opp flere kumulative vilkår som må være oppfylt for å få innvilget visum, som f.eks. gyldig pass og returadgang til hjemland eller oppholdsland. Disse vilkårene må være oppfylt for at visum skal kunne utstedes. Etter § 106 sjette ledd, andre setning følger det at ”visum for øvrig skal gis med mindre utenrikspolitiske, sikkerhetsmessige eller innvandringspolitiske hensyn taler mot det, eller det er grunn til å tvile på det oppgitte formål med reisen eller på riktigheten av de øvrige opplysninger som er gitt.” Det er her utlendingsmyndighetens skjønnsvurdering

³³ Ibid. s. 79

³⁴ Tilgang: <http://odin.dep.no/aid/norsk/tema/innvandring/schengen/016081-990318/dok-bn.html>

³⁵ Tilgang: <http://www.udi.no/templates/Page.aspx?id=2843>

³⁶ Tilgang: <http://www.udi.no/templates/Page.aspx?id=2843>

³⁷ Med unntak av visumpliktige EØS/EFTA-borgere som etter §106 4. ledd ”skal gis besøksvisum.”

kommer inn, og i forhold til diskrimineringsproblematikken, er det særlig de innvandringspolitiske hensyn som er av interesse.

I utlendingslovens formålsbestemmelse § 2, står det at loven skal gi grunnlag for kontroll med inn-og utreise og med utlendingers opphold i riket i samsvar med norsk innvandringspolitikk. Dette skjer ved at ”innvandringspolitiske hensyn” er et relevant moment ved lovtolkning og skjønnsutøvelse. I praksis anvendes uttrykket innvandringspolitiske hensyn i forhold til hensyn som taler for en restriktiv vurdering.³⁸ Norsk visumpraksis er generelt restriktiv når det gjelder borgere av stater utenfor Schengen og EØS-samarbeidet, med mindre det gjelder land som USA, Canada, Australia mfl.³⁹ Forvaltningen av visuminstituttet har vært aktivt brukt som innvandringsregulerende middel siden 1970-tallet. Dette har sammenheng med at visum for mange vil være første skritt på veien til å søke asyl.

Etter at Norge sluttet seg til Schengensamarbeidet, er norske myndigheter bekymret for at en mer liberal praksis i Norge enn i andre Schengenland vil kanalisere trafikk hit.⁴⁰ Norge er videre forpliktet av Dublinregelverket, som har en nær forbindelse til Schengensamarbeidet. Dublinregelverket fastsetter kriterier og mekanismer for å avgjøre hvilken stat som er ansvarlig for behandlingen av en asylsøknad som legges frem i en av statene som er med i samarbeidet.⁴¹

Dublin II-forordningen art. 9 fastslår at den medlemsstat som har gitt tillatelse til at asylsøkeren har fått adgang til Dublinområdet, for eksempel ved utstedelse av visum, kan bli ansvarlig for å behandle asylsøknaden. Bekymringen er at dersom Norge under slike forutsetninger ikke skulle ta tilsvarende innvandringsregulerende hensyn som de øvrige

³⁸ NOU 2004:20 s. 268

³⁹ SMED 2005 *Prinsipielle diskrimineringssaker 1999-2005-En rapport basert på SMEDs rettshjelpsvirksomhet* s. 144

⁴⁰ NOU 2004:20 s. 285

⁴¹ Ibid. s. 285

Schengenland, ville mange asylsøkere som normalt ville ha valgt et annet land, i stedet reise til Norge og søke asyl her i landet. Dublin II-forordningen medfører at Norge har ansvar både for å behandle søknadene og ta tilbake søkere som har reist videre til andre land og søkt asyl der.⁴²

2.4.1 Utlendingsforvaltningens vurdering av de innvandringspolitiske hensyn

”Innvandringspolitiske hensyn” er et lite presist begrep som ikke vil bli videre problematisert i denne avhandling. Begrepet innebærer at utlendingsmyndighetene skal vurdere avhoppstrisikoen knyttet til en søker.⁴³ Vurderingen går i realiteten ut på en overveielse av hvorvidt *returforutsetningen* er til stede. Er det overveiende sannsynlig at en visumsøker ønsker å bli i Norge utover visumperioden, skal visum avslås. Det mer sannsynlig det er at en søker benytter anledningen til å investere i en bedre framtid i Norge, jo mindre mulighet har han for å få innvilget visum. Vurderingen av returforutsetningen er sammensatt av en generell og en individuell del. Utlendingsmyndighetene tar utgangspunkt i de generelle erfaringer de har med søkere fra det aktuelle området, de politiske og sosiale forholdene der, og søkerens bakgrunn. Deretter foretas en vurdering av de individuelle forhold i saken.⁴⁴ Kritikken mot utlendingsmyndighetene går hovedsaklig ut på at det legges for stor vekt på de generelle erfaringer med søkers nasjonalitet, kjønn og sivilstand, i forhold til personens individuelle forhold. Dette er problematisk i forhold til det forvaltningsrettslige krav om tilstrekkelig individuell behandling og i forhold til vernet mot diskriminering. Returforutsetningen blir veid mot velferdshensynene som foreligger i saken. Sterke velferdshensyn vil typisk være en begravelse eller fødsel i nær familie. Jo dårligere returforutsetninger en søker har, jo sterkere velferdshensyn må foreligge for at visum skal innvilges.

⁴² Ibid. s. 285-286

⁴³ Bergland, Sogn (1996) Innvandringspolitiske hensyn i visumretten-En studie av myndighetenes praksis overfor pakistanske visumsøkere, JUSS-BUSS nr. 70, s. 3

⁴⁴ Rundskriv UDI 01-17 JURA ”Visumsaker-Krav til begrunnelse i vedtak”

3 Kritikk mot dagens praksis

Utlendingsmyndighetenes visumpraksis har vært gjenstand for økende kritikk i de senere år. Jeg vil nedenfor vise til noe av kritikken som går på forholdet til vernet mot diskriminering.

I sin doktoravhandling⁴⁵ drøftet sosiolog Bente Puntervold Bø forholdet mellom norsk visumpraksis og vernet mot etnisk diskriminering. Puntervold er generelt sterkt kritisk til flere aspekter ved utlendingsmyndighetenes praksis. Hennes doktorgradsavhandling har senere blitt utgitt som bok⁴⁶, og hun har i tillegg gitt ut en bok som tar opp etiske og rettslige dilemmaer med den norske visumpraksisen.⁴⁷ Puntervold Bø kritiserte at utlendingsmyndighetene baserte sine vedtak på generelle erfaringer med søkegrupper, uten å kunne vise til hvor denne erfaringen kom fra. Hun avdekket at det kun forelå statistisk materiale på avhoppertall fra 1991-1994, og at tallene kun var utarbeidet på bakgrunn av nasjonalitet, ikke kjønn, alder og sivilstand. Registreringen viste forøvrig at gjennomsnittlig kun 5% av utlendingene som oppholdt seg i Norge på besøksvisum i perioden, søkte om forlengelse av visumtiden eller oppholdstillatelse, familiegjenforening, arbeidstillatelse eller asyl under oppholdet. Omtrent 1/3 av søkerne fikk sine søknader innvilget, mens en like stor andel fikk avslag (for den resterende dels vedkommende var ikke søknaden ferdigbehandlet da statistikken ble laget). Det ble ikke foretatt noen registrering om noen av de som fikk avslag på søknadene sine, ble igjen i landet ulovlig.

Puntervold Bø fant i sine undersøkelser at søkers nasjonalitet er den mest avgjørende faktor i beslutningen og at det forelå store variasjoner i behandlingen av forholdsvis like visumsøknader fra forskjellige land. Østeuropeiske land hadde gjennomsnittlig høyest

⁴⁵ Bø, Bente Puntervold (2000) *Immigration control, law and morality: Visa policies towards visitors and asylum seekers*, Oslo University College

⁴⁶ Bø, Bente Puntervold (2002) *Immigration control, law and morality: Visa policies towards visitors and asylum seekers*, Unipub forlag, Oslo

⁴⁷ Bø, Bente Puntervold (2004) *Søkelys på den norske innvandringspolitikken-etiske og rettslige dilemmaer*, HøyskoleForlaget, Kristiansand

innvilgelsesprosent, mens for søkere fra Midtøsten, Asia og Afrika var avslagsprosenten mye høyere. Dersom søkeren kommer fra et land Norge tidligere har mottatt mange innvandrere eller asylsøkere fra, er sannsynligheten stor for at besøksvisum vil bli avslått.⁴⁸

3.1 Sivilombudsmannen (SOM)

Stortingets ombudsmann for forvaltningen, sivilombudsmannen, skal arbeide for at det i den offentlige forvaltning ikke utøves urett mot den enkelte borger.⁴⁹ Ombudsmannen kan ta opp saker på eget tiltak eller etter klage. Ombudsmannen kommer med en uttalelse i saken, men kan ikke treffe bindende vedtak. Normalt vil imidlertid forvaltningen rette seg etter Sivilombudsmannens uttalelser.⁵⁰

Sivilombudsmannen har i årsmeldingen for 1992 s. 88 uttalt seg generelt om visumpraksis. Der står det at ”...det er særdeles tvilsomt om et avslag på søknad om visum bare kan forankres i generelle erfaringer og indikasjoner jf Ombudsmannens årsmelding 1985 s. 77 flg. At en blott og bar konstatering av at søkeren tilhører en nasjonalitet eller en gruppe som myndighetene har dårlig erfaring med alene ikke kan begrunne avslag på en visumsøknad, må uten videre slås fast. Det sentrale poeng i denne forbindelse er imidlertid at de risikofaktorer som måtte gjøre seg gjeldende alltid må avveies mot de øvrige relevante hensyn i saken.”

3.2 Senter mot etnisk diskriminering

Da det nye Likestillings- og diskrimineringsombudet begynte sitt virke i januar 2006, ble det tidligere ”Senter mot etnisk diskriminering” (SMED) avviklet. SMED ble opprettet 11. september 1998, på bakgrunn av en langvarig prosess innad i Kommunal-og regional departementet, mellom departementet og en rekke frivillige organisasjoner, og et politisk

⁴⁸ Bø, Bente Puntervold *Et spørsmål om nasjonalitet* s. 25

⁴⁹ Eckhoff (2006) *Forvaltningsrett*, 8. utgave ved Eivind Smith, s. 492

⁵⁰ Graver, Hans Petter (2002) *Alminnelig forvaltningsrett* s. 533

press fra internasjonale organer som FNs rasediskrimineringskomité (CERD) og den europeiske kommisjonen mot rasisme og intoleranse (ECRI)⁵¹ SMEDs hovedoppgave var å jobbe med å sikre et vern mot etnisk diskriminering, gjennom rettshjelpstilbud samt å overvåke og dokumentere etnisk diskriminering i samfunnet.

SMED utarbeidet årlige rapporter om art og omfang av diskriminering i Norge. I rapporten fra 2002⁵², er det særlig utlendingsforvaltningen som gjennomgås, etter at det hadde skjedd en markant økning i antall henvendelser fra personer som mente seg diskriminert av utlendingsforvaltningen. I rapporten heter det at å hindre avgjørelser basert på generaliseringer og å sikre at den enkelte får en individuell vurdering er et av de sentrale formål med et vern mot diskriminering. Dersom de individuelle forhold ikke tillegges tilstrekkelig vekt, og de generelle erfaringer tillegges overdreven stor vekt, vil vedtaket fremstå som vilkårlig, noe som etter alminnelige forvaltningsrett kan føre til ugyldighet. SMED bisto i klagesaker og oppsummerte med at det sentrale i argumentasjonen var at vedtak som vektlegger søkers nasjonalitet uten at de individuelle forhold i saken synes å være tilstrekkelig vurdert, utgjør diskriminering på grunn av nasjonalitet og er av denne grunn uforenlig med alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper og forbudet mot diskriminering i SP art 26 jf menneskerettsloven §§ 2 og 3.

SMED utarbeidet en avslutningsrapport⁵³ ved avviklingen av senteret, hvor de oppsummerte erfaringene de hadde opparbeidet seg gjennom arbeidet med diskrimineringsspørsmål. Rapportens kapittel 9 omhandler visum, innvandringspolitiske hensyn og diskriminering. SMED illustrerer problematikken i forhold til visumpraksis gjennom saker de har jobbet med. Jeg vil i det følgende vise til noen av de mest sentrale eksemplene fra SMED.

⁵¹ Gotaas, Nora...[m.fl] (2003) *SMED underveis, en prosessevaluering av Senter mot etnisk diskriminering*, s.9

⁵² SMED "Underveis mot et bedre vern 2002"

⁵³ SMED "Prinsipielle diskrimineringssaker 1999-2005-En rapport basert på SMEDs rettshjelpsvirksomhet"

3.2.1 Sak 04/301 Avslag på søknad om visum for å bistå herboende i en vanskelig livssituasjon.⁵⁴

I denne saken henvendte herboende seg til SMED fordi et familiemedlem fikk avslag på søknad om besøksvisum. Formålet med det planlagte besøket var å avlaste herboende som var eneforsørger for et barn som skulle opereres. Herboende var i en vanskelig situasjon da barnet var kronisk sykt, hun hadde dårlig økonomi og et begrenset sosialt nettverk. Søknaden ble avslått på bakgrunn av innvandringspolitiske hensyn. Problemstillingen i forhold til avslaget var hvorvidt innvandringspolitiske hensyn var tillagt uforholdsmessig stor vekt på bekostning av spesielle individuelle velferdsmessige behov.

SMED bidro med et støtteskriv i klageomgangen, men vedtaket ble opprettholdt. Søker hadde dokumentert at hun hadde familie og foreldre i hjemlandet som hun hadde omsorgsansvar for, og at hun holdt på å skaffe seg en jobb. I klageomgangen viste SMED til at herboende hadde bestemt seg for å returnere til opprinnelseslandet etter operasjonen, for å bli der permanent på bakgrunn av hennes manglende sosiale nettverk i Norge. Grunnlag for å avslå søknaden var fra UDI og ambassaden at søker ikke var gift og ikke tidligere hadde besøkt Schengen-området.

Spørsmålet SMED stiller i sakens anledning er om UDI, selv om returforutsetningene ble ansett for å være svake, hadde vurdert om det forelå særskilte hensyn som tilsa at det ble gjort unntak etter utlendingsforskriften § 106, femte ledd. SMED fortsetter med at etter denne bestemmelsen *kan* Direktoratet gjøre unntak fra bestemmelsene i det enkelte tilfelle, selv om returadgang til oppholdslandet ikke kan dokumenteres. SMED presiserer at ”*Kan*” innebærer en skjønnsmessig vurdering, hvilket betyr at myndighetene innenfor visse rammer utøver fritt skjønn.

Om det beror på en skrivefeil i rapporten, eller en feil forståelse av bestemmelsen er uvisst, men unntaksbestemmelsen SMED påberoper seg i §106 femte ledd, er **ikke** en

⁵⁴ Ibid. s. 146

unntaksbestemmelse i forhold til dårlig returforutsetning, bestemmelsen hjemler unntak i forhold til søkers returadgang. Altså søkers **adgang** til å vende tilbake til sitt hjemland, ikke viljen til å gjøre dette. Kritikken må allikevel forstås som en kritikk av utlendingsmyndighetenes skønnsvurdering. SMED mener visum burde vært innvilget selv om de innvandringspolitiske hensyn talte mot det, på bakgrunn av de sterke velferdshensynene i saken. Det er presisert i rundskriv at sterke velferdshensyn kan føre til innvilgelse av visum selv om returforutsetningen er dårlig.⁵⁵

SMEDs avsluttende vurderinger etter saken var at senteret hadde mottatt mange saker fra kvinner i liknende situasjon i Norge, altså eneforsørgere som ikke er integrert, dårlig økonomi og med begrenset sosialt nettverk. SMED uttaler at de har vært kritisk til det de mener har likhetstrekk med en strukturell diskriminering av en gruppe kvinner med etniske og sosioøkonomiske særtrekk.

3.2.2 Sak 03/51 Avslag på søknad om visum fra familiemedlem - Pakistan⁵⁶

I denne saken henvendte herboende seg til SMED på grunn av at hans fetter hadde fått avslag på sin søknad om besøksvisum under henvisning til innvandringspolitiske hensyn. Søker hadde en lederstilling i hjemlandet, han var gift og hadde barn. Søker og herboende fant det uforståelig at det ble stilt spørsmålstegn ved om søker ville returnere til hjemlandet ved utløpet av visumperioden. SMED stilte spørsmålstegn ved om myndighetene hadde foretatt en konkret, helhetlig vurdering av søkers individuelle forhold, eller om det var lagt for stor vekt på de innvandringspolitiske hensyn på bekostning av de individuelle forhold.

Søker påklagde, men UDI opprettholdt vedtaket med den begrunnelse at den fremlagte dokumentasjon ikke var tilstrekkelig og at det var et problem med falske dokumenter og opplysninger fra Pakistan. UDI viste videre til at *"erfaring har vist at en del borgere fra*

⁵⁵ Rundskriv UDI 01-17 JURA

⁵⁶ SMED *"Prinsipielle diskrimineringssaker 1999-2005-En rapport basert på SMEDs rettshjelpsvirksomhet"* s. 148

Pakistan har blitt i Schengen-området utover visumtiden. Innvandringspolitiske hensyn tilsier derfor en restriktiv praksis.” Ved vurderingen av de individuelle forhold viste UDI til at ”For søkere som skal besøke nærmeste familie lempes det noe på kravet til returforutsetninger. Visum for andre formål enn besøk til nærmeste familie utstedes bare der søkeren har spesielt gode returforutsetninger. Det benyttes en snever forståelse av begrepet nærmeste familie. Utlendingen i denne gruppen faller utenfor denne gruppen.” Søker anmodet om omgjøring av vedtaket med bistand fra advokat og med støtteskriv fra SMED. Vedtaket ble opprettholdt.

Det SMED reagerer på i saken er at UDI viste til at det var et spesielt stort problem med falske dokumenter og opplysninger i søknader fra Pakistan. SMED påpeker at problemet med de generelle erfaringene er at de bygger på en beskrivelse av et problem, uten at det vises til statistikk eller en prosentvis angivelse av hvor mange personer som er i lik situasjon som søker og som ikke har returnert til opprinnelseslandet. SMED stilte i tillegg spørsmålstegn til avveiningen av de individuelle forhold opp mot innvandringspolitiske hensyn når søker ikke var en del av den nærmeste familie. SMED anførte at slektskap alene ikke kunne være avgjørende for om formålet med besøket kunne anses for å være legitimt og hvor stort gjennomslag de innvandringspolitiske hensyn skulle få.

Avslutningsvis i rapporten skriver SMED at diskrimineringslovens vern mot indirekte diskriminering, jfr. § 4 (1) jfr. (3) gir Likestillings- og diskrimineringsombudet en mulighet til å vurdere visumpraksis. I følge SMED vil det være viktig å belyse i et diskrimineringsperspektiv, hvorvidt de innvandringsregulerende hensyn som baserer seg på generelle erfaringer med returforutsetningene til en bestemt gruppe, kan sies å være tilstrekkelig konkrete og relevante, eller om denne praksis medfører en diskriminering med utgangspunkt i nasjonal opprinnelse. Og til slutt; ”Diskrimineringsperspektivet vil være særlig tydelig i forhold til herboende med annen nasjonal opprinnelse en norsk som inviterer familie fra hjemlandet til Norge.”⁵⁷

⁵⁷ Ibid. s. 150

3.3 Organisasjonen mot offentlig diskriminering (OMOD)

OMOD er en frivillig, statsstøttet organisasjon. Organisasjonen ble opprettet i 1992, og hovedarbeidet er å sikre rettsikkerheten til personer med minoritetsbakgrunn i Norge.⁵⁸

OMOD har lang erfaring med visumsaker. I tillegg til å hjelpe den enkelte i klageprosessen, har OMOD en viktig pådriverrolle i forhold til arbeidet mot diskriminering. I den senere tid, før november 2006, har organisasjonen sendt flere brev angående hvorvidt dagens praksis kan sies å være diskriminerende. Den 7. juli 2006 sendte organisasjonen et brev til statsråd Bjarne Håkon Hansen med kopi til Likestillings- og diskrimineringsombudet, UDI, Sivilombudsmannen og Kommunalkomiteens medlemmer. I brevet presenterer organisasjonen en konkret sak de har fått seg forelagt.

Hovedspørsmålene de vil ha undersøkt og besvart av statsråden er på hvilket grunnlag UDI kan ha en antakelse om sterk fare for at personer ikke forlater Norge etter endt besøksvisum, når det ikke føres statistikk på dette. (OMOD har kontaktet enhet for statistikk i UDI og bedt om statistikk på avhoppertall for Pakistan, basert på nasjonalitet, kjønn og alder, og avhopperstatistikk generelt. De fikk beskjed om at dette ikke finnes). I tillegg vil de ha klarhet i hva som menes med sterk tilknytning, og hva den økonomiske garantien herboende må stille egentlig betyr.⁵⁹

Etter samtale med en av organisasjonens ansatte, har jeg fått kjennskap til at det ble sendt et nytt brev til Likestillings- og diskrimineringsombudet i underkant av en uke senere den 13. juli 2006, hvor OMOD ber ombudet undersøke hvorvidt dagens besøksvisumpraksis innebærer en indirekte diskriminering av herboendes rett til familieliv.

3.4 Likestillings- og diskrimineringsombudet (Ldo)

Likestillings- og diskrimineringsombudet startet sitt virke 1. januar 2006. Ombudets rolle er omfattende, og det er i skrivende stund ikke tatt stilling til hvilken linje Ombudet vil

⁵⁸ Tilgang: <http://www.omod.no/>

⁵⁹ Tilgang: http://www.omod.no/norsk_aktuelt.htm

legge seg på i forhold til visumproblematikken. Jeg har fått informasjon fra ansatte ved Ombudets kontor at det foreløpig er sendt et brev med forespørsel om avhopperstatistikk til UDI. Ombudet avventer i skrivende stund svar fra direktoratet, og vil ta stilling til en eventuell uttalelse etter UDI har fått anledning til å svare for seg.

3.5 Oppsummering av kritikken

Vi har ovenfor sett at kritikken mot dagens praksis i hovedsak går ut på for det første myndighetenes vektlegging av generelle erfaringer med søkergrupper, og for det andre myndighetenes manglende dokumentasjon for sine erfaringer.

Denne kritikk kan videre deles i to rettslige utgangspunkt. Et forvaltningsrettslig og et diskrimineringsrettslig perspektiv.

Disse vil til en viss grad være overlappende med hverandre. I forhold til det forvaltningsrettslige aspekt er et sentralt tema hvorvidt det er adgang til å gi generelle erfaringer avgjørende vekt, eller om en kan oppstille et krav om individuell saksbehandling. Det forvaltningsrettslige krav om at en avgjørelse må bygge på korrekt faktum og ikke være vilkårlig, får betydning i forhold til påstanden om manglende dokumentasjon.

I forhold til diskrimineringsaspektet, og herunder også det ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipp om likebehandling, blir spørsmålet om en manglende individuell behandling av den enkelte søker jf. avsnittet ovenfor, fører til at personen blir behandlet strengere enn andre på bakgrunn av kategoriseringen i en gruppe. Dersom dette er tilfelle, blir spørsmålet videre om utlendingsmyndighetenes manglende dokumentasjon medfører at denne forskjellsbehandlingen er usaklig og dermed utgjør ulovlig diskriminering.

Denne oppgave vil behandle diskrimineringsaspektet, de forvaltningsrettslige krav til saksbehandlingen vil ikke bli videre problematisert.

Noen utgangspunkter er likevel nødvendig for å vise sentrale poenger. Spesielt vil dette komme på spissen i redegjørelsen av de rettslige utgangspunkt før saklighetsvurderingen i del III.

Vi har også sett at kritikken har utviklet seg fra i hovedsak å rette seg mot diskriminering av søkere, til også å omfatte diskriminering av herboende som ønsker å få besøk av familie og venner.

Del II

4 Det rettslige vern mot etnisk diskriminering⁶⁰

For å se nærmere på i hvilken grad dagens visumpraksis er forenlig med det rettslige vern mot etnisk diskriminering, vil jeg begynne med å redegjøre for hva et vern mot diskriminering innebærer. Flere av konvensjonsbestemmelsene jeg viser til er ikke avgrenset til kun å gi et vern mot etnisk diskriminering, og den rettspraksis jeg bruker for å belyse rettstilstanden er heller ikke nødvendigvis knyttet til etnisk diskriminering. For å kunne forstå det rettslige vern mot etnisk diskriminering, må en først forstå hva diskriminering er.

⁶⁰ Framstillingen er i hovedsak basert på forelesning om diskriminering i valgemnet Internasjonale menneskerettigheter, UIO, ved post.doc. Ronald Craig, 31.10.2005

4.1 Bestemmelser om diskriminering i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner

Den 10. desember 1948 vedtok og kunngjorde De Forente Nasjoners tredje Generalforsamling Verdenserklæringen om Menneskerettighetene.⁶¹ Det følger av verdenserklæringen art. 2 første ledd at

”Enhver har krav på alle de rettigheter og friheter som er nevnt i denne erklæring, uten forskjell av noen art, f. eks. på grunn av rase, farge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller annet forhold.”

Om verdenserklæringen er rettslig bindende eller ei, har vært, og er et pågående diskusjonstema. I litteraturen er det mest utbredte syn at noen rettigheter nå er rettslig bindende etter uskreven folkerett.⁶² Uansett hvilken rettslig posisjon erklæringen innehar, har den vært den viktigste inspirasjonskilde til utarbeidelsen av menneskerettighetskonvensjoner. Jeg vil nedenfor vise til diskrimineringsbestemmelser i den Europeiske menneskerettighetskonvensjon av 1950 (EMK), FN konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 1966 (SP), og FNs rasediskrimineringskonvensjon av 1965 (RDK). En finner bestemmelser om vern av diskriminering i flere andre menneskerettighetskonvensjoner, men i forhold til denne avhandlings tema, er de nevnte konvensjoner de mest sentrale.

I EMK finner vi bestemmelser om vern mot diskriminering i art. 14, og i tilleggsprotokoll nr. 12 (TP12), mens det er art. 2 og art. 26 som gir vern mot diskriminering i SP. Men verken EMK eller SP definerer begrepet diskriminering.

⁶¹ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, tilgang: <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/nrr.htm>

⁶² Møse (2002) s. 38

EMK art. 14 lyder som følger: *”Utøvelsen av de rettigheter og friheter som er fastlagt i denne konvensjon skal bli sikret uten diskriminering på noe grunnlag slik som kjønn, rase, farge, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, tilknytning til en nasjonal minoritet, eiendom, fødsel eller annen status.”*

SP art. 2: *”Hver konvensjonspart forplikter seg til å respektere de rettigheter som anerkjennes i denne konvensjon og å sikre dem for alle som befinner seg på dens territorium og er undergitt dens jurisdiksjon, uten forskjellsbehandling av noe slag slik som på grunn av rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller status for øvrig.”*

SP art. 26: *”Alle er like for loven og har uten noen form for forskjellsbehandling rett til lik beskyttelse av loven. I dette øyemed skal lovgivningen forby enhver forskjellsbehandling og sikre alle likeverdig og effektiv beskyttelse mot forskjellsbehandling på noe slikt grunnlag som rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller stilling for øvrig.”*

Bestemmelsene gjør oss ikke særlig klokere i forhold til hva som menes med begrepet diskriminering. Det en kan forstå av å lese artiklenes ordlyd er at EMK art. 14 og SP art. 2 lister opp en i utgangspunktet ubegrenset mengde diskrimineringsgrunnlag, men bestemmelsenes anvendelsesområde er kun i forhold til konvensjonenes og tilleggprotokollenes rettigheter, de er såkalte aksessoriske bestemmelser.⁶³

SP art. 26 er en prinsipielt viktig bestemmelse, da den gir et selvstendig vern mot diskriminering.⁶⁴ Bestemmelsen er tolket av Menneskerettighetskomiteen,⁶⁵ til å ikke bare være gjeldende for rettighetene i SP, men for å være av en helt generell karakter og dermed gi et videre vern enn art. 2 jf. EMK art. 14. At bestemmelsen er frittstående ble for første gang slått fast i saken Broeks v. Nederland, som gjaldt kjønnsdiskriminering i forhold til trygdeytelser. Trygderettigheter var ikke vernet av SP, hvilket ville vært en forutsetning for

⁶³ Møse (2002) s. 96

⁶⁴ Ibid. s. 96

⁶⁵ Tilsynsorganet til FN konvensjonen om sivile og politiske rettigheter

anvendelsen av art. 26 dersom dette var en aksessorisk bestemmelse. Komiteen slo fast at artikkelen var frittstående, og dermed kunne påberopes i den aktuelle sak.

EMK savnet lenge en tilsvarende prinsipiell bestemmelse, men i november 2000 ble TP12 åpnet for undertegning under Ministerkonferansen i Roma.⁶⁶ Etter tilleggsprotokollens første artikkel fastslås en generell plikt til å sikre at enhver nyter godt av alle rettigheter fastslått ved lov, uten diskriminering.⁶⁷ Norge har undertegnet, men ikke ratifisert protokollen, og den er av denne grunn ikke folkerettslig forpliktende for oss. Avståelsen fra å ratifisere har sin begrunnelse i en pågående debatt om en for stor ”rettsliggjøring” her i landet, ikke et ønske om å ta avstand fra et generelt forbud mot diskriminering.

I RDK finner vi en definisjon på diskriminering i art. 1: *”In this convention, the term racial discrimination shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life.”*

Dette er likevel ingen enkel definisjon å forstå. For å få tak i det materielle innhold i dagens vern mot diskriminering, må en se hen til den utvikling som har skjedd gradvis gjennom rettspraksis.

4.2 Saklighetskravet

Ikke all forskjellsbehandling er ulovlig diskriminering. En må trekke en grense mellom saklig og lovlig forskjellsbehandling og diskriminering. Men hvordan skal denne grensen trekkes? Ordlyden i konvensjonstekstene gir oss ikke svar på dette. Grensen er utviklet gjennom praksis.

⁶⁶ Møse (2002) s. 97

⁶⁷ Ibid. s. 97

I den franske konvensjonstekst i EMK art. 14 heter det at utøvelsen av rettigheter og friheter i konvensjonen skal sikres "sans distinction aucune" som oversatt til norsk blir "uten noen som helst diskriminering".⁶⁸ Den Europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) har i en sak fra 1968, den såkalte "Belgian Linguistic case" (den belgiske språksak), presisert at dette må leses i lys av den engelske konvensjonsteksten hvor det heter "without discrimination" ("uten diskriminering"), ellers ville virkningene av bestemmelsene bli absurde.

Den belgiske språksak gjaldt den belgiske stats praksis i forbindelse med opprettelse og subsidiering av skoler i tospråklige deler av Brüssel. Enkelte steder støttet staten finansieringen av skoler for begge språkgrupper (flamsk og fransk), men ikke på enkelte andre steder.⁶⁹ I dommen gir EMD henvisninger til hvilke generelle retningslinjer som bør gjelde i vurderingen av hvorvidt det foreligger en forskjellsbehandling som krenker art. 14 eller ikke. En må ifølge EMD foreta en "objective and reasonable test". Denne testen går ut på at for at en forskjellsbehandling skal være saklig, og dermed ikke utgjøre ulovlig diskriminering, må den ha hatt et objektivt og rimelig formål. Det må i tillegg være forholdsmessighet mellom målet og de midler som er anvendt.

FNs menneskerettighetskomité har ikke uttrykt seg like klart i forhold til momentene som inngår i saklighetsvurderingen. Men i praksis er det den samme bedømmelse som blir gjort. Tilsvarende saklighetsvurdering legges til grunn i praksis hos de fleste nasjoner med antidiskrimineringslovgivning.⁷⁰

Altså, dersom en forskjellsbehandling blir gjort for å oppnå et saklig formål, og det er forholdsmessighet mellom mål og middel, er det ikke snakk om ulovlig diskriminering, men en lovlig forskjellsbehandling.

⁶⁸ NOU 2002:12 *Rettslig vern mot etnisk diskriminering* s. 98

⁶⁹ Møse (2002) s. 99

⁷⁰ Craig, Ronald, *Diskriminering: Spiller intensjon noen rolle?* s. 4

4.3 Direkte og indirekte diskriminering

Et skille mellom direkte og indirekte diskriminering kan ikke leses ut av konvensjonstekstene. Den internasjonale utviklingen av et vern mot indirekte diskriminering har skjedd i løpet av de siste år. Før jeg vil gå nærmere inn på hvordan vernet av indirekte diskriminering har vokst frem, vil jeg først gå inn på hva som ligger i begrepene direkte og indirekte diskriminering, for deretter å forklare *hvorfor* det er viktig at en også har et vern mot indirekte diskriminering.

4.3.1 Direkte diskriminering

Direkte diskriminering foreligger når fornærmede blir behandlet, enten ved en handling eller en unnlatelse, dårligere enn andre. For å bevise direkte diskriminering, må vedkommende konstantere at han/hun har blitt behandlet dårligere enn andre i en sammenlignbar situasjon. Videre at det er sammenheng mellom forskjellsbehandlingen og diskrimineringsgrunnlaget, f.eks. vedkommendes etnisitet. Og til sist at denne forskjellsbehandlingen ikke er saklig jf. avsnittet ovenfor.⁷¹ Direkte diskriminering kan være både bevisst og ubevisst. Det vil typisk være snakk om en ubevisst direkte diskriminering dersom fornærmede blir stilt dårligere enn andre på bakgrunn av holdninger, stereotyper, selv om det ikke er den diskriminerende parts bevisste hensikt å diskriminere på etnisk grunnlag.

4.3.2 Indirekte diskriminering

Indirekte diskriminering kjennetegnes ved at det tilsynelatende ikke er noe galt med den handling e.l. som blir foretatt.⁷² Handlingen, praksisen, bestemmelsen e.l. er formelt sett nøytral, men får en uforholdsmessig negativ virkning for enkelte grupper. Den indirekte diskriminering kan være både bevisst og ubevisst fra den som utfører diskrimineringen sin side. Indirekte diskriminering kan litt enkelt betegnes som en usaklig *likebehandling*. Med

⁷¹ Ibid. s. 3

⁷² NOU 2002:12 s. 241

dette menes tilfeller hvor det ikke finnes noen saklig grunn til *ikke* å behandle en gruppe annerledes, der en likebehandling har den faktiske effekt at en gruppe rammes uforholdsmessig hardere enn andre.

Hvorfor er det viktig at en både har et vern mot direkte og indirekte diskriminering? Det er behov for et vern mot tilsynelatende nøytral praksis, bestemmelser etc. som har en reell diskriminerende effekt, selv om intensjonen bak praksisen ikke var å oppnå en slik virkning. Begrepet direkte diskriminering kritiseres da det er et utilstrekkelig begrep i kampen mot diskriminering. Begrepet krever at klageren finner en sammenligningsperson, og tvinger videre klageren til å være lik med denne. Klageren kan ved direkte diskriminering bare kreve den samme behandling som andre, det er ikke rom for endring eller forbedring.

4.3.3 Utviklingen av vernet av indirekte diskriminering

Utviklingen av vernet mot indirekte diskriminering i EMDs praksis har vært vanskelig. Domstolen ble sterkt kritisert fordi den nektet å vurdere spørsmålet om indirekte diskriminering i saken Abdulaziz, Cabales mfl. v. United Kingdom. Saken omhandlet direkte kjønnsdiskriminering og indirekte rasediskriminering. Klagerne var pakistanske statsborgere med permanent oppholdstillatelse i Storbritannia. De var gifte og søkte om familiegjenforening med sine ektefeller. Britiske utlendingsrettsregler tillot ikke familiegjenforening for deres menn, men reglene tillot at menn med permanent opphold fikk familiegjenforening med sine koner. Videre hadde reglene en slik virkning at innvandrere fra New Commonwealth og Pakistan var uforholdsmessig rammet slik at utestengelsen rammet flere fargede enn hvite innvandrere.

EMD konkluderte med at klagerne ble diskriminert på grunn av kjønn, men domstolen ville ikke vurdere om det også var snakk om indirekte diskriminering på bakgrunn av rase. EMD uttalte "there was no distinction on the grounds of race." Men dette var heller ikke problemstillingen. Anførselen om indirekte diskriminering er ikke en påstand om en sonndring eller klassifisering på grunnlag av rase, men på grunnlag av noe annet med *indirekte virkning* på rase.

I år 2000 gjorde EMD det for første gang klart at art. 14 i praksis også inneholdt et forbud mot indirekte diskriminering, uten å ta i bruk selve betegnelsen, men heller referere til "en usaklig **likebehandling** der tilfeller burde behandles ulikt." Saken var *Thlimmenos v. Greece*. Klager var medlem av Jehovas vitne og av denne grunn pasifist. Han nektet derfor å avtjene militærtjeneste. For dette ble han straffedømt og sonet straff. Senere ble han nektet å arbeide som revisor på grunn av at han var tidligere straffedømt. Domstolen fant at klagerens anførsel falt innenfor området for art. 9 (rett til religionsfrihet), men fant ikke noen brudd på denne artikkel. Vedrørende et eventuelt brudd på art. 14 sammenholdt med art. 9, uttalte domstolen:

"The court has so far considered that the right under art 14 not to be discriminated...is violated when states treat differently persons in analogous situations without providing an objective and reasonable justification....However, the Court considers that this is not the only facet of the prohibition of discrimination in article 14. The right not to be discriminated against...is also violated when states without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons who's situations are significantly different."

Domstolen fant at den greske generelle regel som ekskluderte alle forbrytere fra revisoryrket, hadde en uforholdsmessig stor negativ virkning på personer som var straffet på grunn av militærnektelse med bakgrunn i religiøs oppfatning. EMD tilføyde at det ikke fantes noen objektiv og rimelig grunn til *ikke* å behandle denne gruppen annerledes enn andre forbrytere.

Menneskerettighetskomiteen uttalte karest at SP forbyr indirekte diskriminering i en avgjørelse fra 2003. Saken var *Althammer v. Austria*. Klageren hadde anført at en forskrift som avskaffet en husholdningsstønad og økte en barnestønad, hadde en diskriminerende virkning på pensjonerte arbeidstakere sammenlignet med aktive arbeidstakere. Menneskerettighetskomiteen fant ikke noe brudd på art. 26, men komiteen anerkjente indirekte diskriminering som en forbudt form for diskriminering under SP med følgende uttalelse: " *The Committee recalls that a violation of article 26 can also result from the*

discriminatory effect of a rule or measure that is neutral at face value or without intent to discriminate. However such indirect discrimination can only be said to be based on the grounds enumerated in art 26 of the Covenant if the detrimental effects of a rule or decision exclusively or disproportionately affect persons having a particular race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status...” Den tidligere *Singh Binder v. Canada* støtter også dette, der en påstand om indirekte diskriminering på grunn av en tilsynelatende nøytral regel om bruk av sikkerhetsutstyr for hodet som rammet medlemmer av Sikh-religionen, ble tatt opp til realitetsavgjørelse. Menneskerettighetskomiteen fant heller ikke her noe brudd på konvensjonen.

For Rasediskrimineringskonvensjonen og Kvinnediskrimineringskonvensjonens tilfelle, følger det ikke av bestemmelsene at indirekte diskriminering vernes. Men komiteene har i generelle anbefalninger presisert at konvensjonene også gir et vern mot indirekte diskriminering.

Innen EU er indirekte diskriminering vernet, dette er eksplisitt uttrykt både i rådsdirektiv 2000/78/EF og rådsdirektiv 2000/43/EF, hvor art. 2 fastsetter at likebehandling skal forstås som et forbud mot direkte og indirekte diskriminering. Indirekte diskriminering foreligger etter rådsdirektiv 2000/43/EF ”hvis en tilsynelatende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer af en bestemt race eller etnisk oprindelse *særligt ufordelagtigt* i forhold til andre personer [...]”⁷³ I saker om kjønnsdiskriminering har det i europeisk sammenheng vært krevd spesielle og sterke bevis for at det foreligger indirekte diskriminering. I en del saker har EF-domstolen nærmest krevd statistisk belegg for å bevise at det foreligger indirekte diskriminering. Kravet for Domstolen har vært at de negative virkningene må ramme en ”vesentlig større andel” kvinner enn menn om det skal foreligge indirekte diskriminering.⁷⁴ Diskrimineringsdirektivet inneholder ikke et tilsvarende vesentlighetskrav, men kravet i art. 2 til at en må stilles ”særlig ufordelaktig” tilsier allikevel at terskelen er høyere for indirekte diskriminering enn for direkte diskriminering.

⁷³ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 96

⁷⁴ NOU 2002:12 s. 242

4.4 Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (Diskrimineringsloven)

Diskrimineringsloven definerer etnisk diskriminering på følgende måte jf. § 4:

”Direkte og indirekte diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn er forbudt. Med direkte diskriminering menes at en handling eller unnlatelse har som formål eller virkning at personer eller foretak på grunnlag som nevnt i første ledd blir behandlet dårligere enn andre blir, er blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon. Med indirekte diskriminering menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlatelse som fører til at personer på grunn av forhold som nevnt i første ledd blir stilt særlig ufordelaktig sammenliknet med andre(..) Forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles, anses ikke som diskriminering etter loven her(...)”

Vi ser at både direkte og indirekte diskriminering eksplisitt vernes av bestemmelsen.

Holgersenutvalget som utarbeidet lovforslaget til den nye loven, stilte i utgangspunktet ikke andre terskelkrav for indirekte diskriminering enn for direkte. I sin høringsuttalelse hevdet regjeringsadvokaten at lovforslaget gikk lengre enn EU direktivet i å forby indirekte diskriminering fordi terskelen for direkte og indirekte diskriminering ble lagt likt.

Regjeringsadvokaten mente en måtte være påpasselig med dette, selv om rådsdirektiv 2000/43/EF ikke var til hinder for at Norge opererte med en høyere beskyttelse.⁷⁵

Departementet la vekt på at diskrimineringsloven ville omfatte alle samfunnsområder. Dersom det skulle være en lav terskel for å komme inn under handlingsbeskrivelsen for indirekte diskriminering, slik det ble foreslått av utvalget, ville en kunne få uforutsette konsekvenser.⁷⁶

⁷⁵ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 95

⁷⁶ Ibid. s. 96

I kommunalkomiteens innstilling til loven⁷⁷ blir dette diskutert. Kommunalkomiteen påpekte at det ble anvendt to forskjellige definisjoner av indirekte diskriminering i lovforslaget. En lavterskeldefinisjon innefor arbeidslivet, og en høyterskeldefinisjon utenfor. Kommunalkomiteens flertall mente den samme lavterskel definisjonen måtte legges til grunn på alle områder, og fremmet følgende forslag:

*”§ 4 tredje ledd skal lyde: Med indirekte diskriminering menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som fører til at personer på grunn av forhold som nevnt i første ledd **stilles dårligere enn andre i tilsvarende situasjon.**”*
(min utheving)

Flertallet mente bruken av høyterskeldefinisjonen utenfor arbeidslivet ikke var i overensstemmelse med minstebestemmelsene i EUs rasedirektiv. Flertallet hevdet at EU ikke lenger har en høyterskeldefinisjon av indirekte diskriminering, og at lovforslaget derfor ikke var i takt med utviklingen i EU. Videre påpekte flertallet at diskrimineringsloven ville avvike fra likestillingsloven, som ikke har noe krav om at ulempen må være kvalifisert.⁷⁸

Til dette vil jeg bemerke jf. avsnittet om EU ovenfor, at selv om *beviskravene* for indirekte diskriminering etter rådsdirektiv 2000/43/EF ikke er like strenge som tilfelle har vært i forhold til kjønnsdiskriminering innen EU, er *terskelen* for indirekte diskriminering likevel høyere enn for direkte diskriminering. Mens direkte diskriminering i Direktivet defineres med at noen ”behandles ringere end [...]” (i den engelske versjonen: ”treated less favourably”), defineres indirekte diskriminering med at noen stilles ”*særligt ufordelagtigt* i forhold til andre personer...” (i den engelske tekst ”put [...] at a particular disadvantage [...]”)⁷⁹ En høyere terskel for indirekte diskriminering enn for direkte er derfor i samsvar med minstebestemmelsene i EUs rasedirektiv.

Mindretallet ønsket en høyere terskel for indirekte diskriminering utenfor arbeidslivets

⁷⁷ Innst. O. nr. 69 (2004-2005) *Innstilling fra Kommunalkomiteen om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)*

⁷⁸ Innst. O. nr. 69 (2004-2005) pkt. 5,2

⁷⁹ Ot. prp. nr. 33 (2004-2005) s. 96

område. En lavterskeldefinisjon i forhold til arbeidslivet, var derimot i samsvar med gjeldende rett mente mindretallet og viste til den allerede innarbeidede terskelen i arbeidslivet for andre diskrimineringsgrunnlag.⁸⁰ Mindretallet fremmet etter dette følgende forslag:

*”§4 tredje ledd skal lyde: Med indirekte diskriminering menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som fører til at personer på grunn av forhold som nevnt i første ledd blir stilt **særlig ufordelaktig** sammenliknet med andre. Med indirekte diskriminering i arbeidslivet menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som faktisk virker slik at en arbeidssøker eller arbeidstaker **stilles dårligere** enn andre arbeidssøkere eller arbeidstakere på grunn av forhold som nevnt i første ledd.”*(min utheving)

I Odelstingets votering den 19. april 2005⁸¹ fremmet Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet forslag i samsvar med flertallets tilrådning. Forslaget ble ikke bifalt, da 38 stemte mot, mens 33 stemte for.

Høyre og Kristelig Folkeparti la frem forslag i samsvar med kommunalkomiteens mindretall, dette forslaget ble bifalt og vedtatt.

Etter dette har resultatet blitt at diskrimineringsloven forbyr både direkte og indirekte diskriminering, men det skal noe mer til for å konstatere indirekte diskriminering enn direkte. For at det skal være snakk om indirekte diskriminering, må det foreligge en kvalifisert dårligere behandling. I følge forarbeidene, vil det bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle om det foreligger indirekte diskriminering.⁸² Vurderingstemaet vil være hvor belastende eller inngripende virkningen er for den eller de som rammes. I tillegg skal det ved vurderingen legges vekt på hvor store problemer det vil være forbundet med å forandre bestemmelsen, praksisen mv.

⁸⁰ Innst.O nr. 69 (2004-2005) pkt. 5,2

⁸¹ Tilgang: <http://www.stortinget.no/otid/2004/ov050419.html#sak3>

⁸² Ot. prp. nr. 33 (2004-2005) s. 96

4.5 Oppsummering

Vi har i denne del av avhandlingen sett at det finnes et vern mot diskriminering i flere menneskerettighetskonvensjoner som Norge er bundet av.

Vernets materielle innhold er utviklet gjennom rettspraksis. Kort og upresist kan vi definere diskriminering som en usaklig forskjellsbehandling eller en usaklig likebehandling.

Forskjellsbehandling er i seg selv et nøytralt begrep, mens diskriminering er negativt ladet. For ikke å være ulovlig diskriminering, må en forskjellsbehandling være saklig. Det er den dersom den har et rimelig formål, og det er forholdmessighet mellom mål og middel.

Vernet mot indirekte diskriminering har vokst frem i de senere år, og har ikke vært uproblematisk. Den norske diskrimineringsloven gir et eksplisitt vern mot både direkte og indirekte diskriminering, men som vi har sett, har det vært politisk uenighet i forhold til hvor terskelen for indirekte diskriminering skal legges. Den videre presisering av dette vil skje gjennom praksis.

DEL III

5 Norsk visumpraksis og vernet mot etnisk diskriminering

Å se på diskrimineringslovgivningen i forhold til visumpraksis er spesielt i den forstand at det er selve formålet med utlendingsloven å regulere utlendingers innreise og opphold i landet. Med dette som formål både hjemler og påbyr utlendingsloven systematisk forskjellsbehandling mellom norske borgere og utlendinger.⁸³ Det er et uomtvistelig faktum at forskjellsbehandling mellom norske borgere og ikke-borgere, er saklig og lovlig forskjellsbehandling. Dette følger eksplisitt av RDK art. 2, ” This Convention shall not apply to distinctions, exclusions, restrictions or preferences made by a State Party to this Convention between citizens and non-citizens.”

Det er videre viktig å holde fast ved utgangspunktet om at ingen utlendinger har rettskrav på å besøke Norge, og at det siden 1970-tallet har vært bred politisk enighet om at visum skal anvendes som et innvandringspolitisk virkemiddel. Det er ansett som sikker rett at en stat kan inngå bilaterale avtaler med andre stater som medfører at borgerne av disse statene blir behandlet fordelaktig i forhold til borgerne av andre stater.

Men selv med dette utgangspunkt, er utlendingsforvaltningens myndighet i visumsaker, begrenset av rettslige skranker.

Det følger av utlendingslovens § 2-2 at ”Loven skal ivareta rettssikkerheten til utlendinger som reiser inn eller ut av riket, som oppholder seg her, eller som søker om en tillatelse etter loven.”

⁸³ SMED (2002) *Underveis mot et bedre vern* s. 39

I Ot.prp. nr. 46(1986-1987) s. 44 heter det at ”Dette formålet (ivareta utlendingers rettssikkerhet) vil ha betydning ved alle vedtak etter loven, idet disse må skje i slike former at rettsikkerheten er trygget.”⁸⁴

Rettssikkerheten for en som søker om visum skal altså ivaretas, selv om han ikke har et rettskrav på visum og han oppholder seg utenfor Norges grenser.

Et vedtak om innvilgelse eller avslag på visum, er et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand. Av denne grunn pålegges utlendingsforvaltningen, som tidligere beskrevet, en rekke forpliktelser etter loven og etter alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. Det må ikke tas utenforliggende og ulovlige hensyn, og det må ikke foretas noen usaklig forskjellsbehandling.

5.1 Drøftelsens utgangspunkt

Visumpraksis på bakgrunn av generelle erfaringer med søkergrupper, kan være problematisk på grunn av flere selvstendige diskrimineringsgrunnlag som f.eks. nasjonalitet, kjønn og alder. Vanlig i forhold til visumsaker vil typisk være at det foreligger flere diskrimineringsgrunnlag samtidig. Nasjonalitet er likevel det mest åpenbare grunnlaget for forskjellsbehandlingen ved visumavgjørelsen, og det er dette diskrimineringsgrunnlaget som blir gjennomgått i denne avhandlingen.

I det videre vil jeg først og fremst forholde meg til diskrimineringsloven med den inkorporerte Rasediskrimineringskonvensjonen, da denne etablerer et vidtrekkende vern mot etnisk diskriminering i Norge. Det er likevel viktig å huske at loven i stor grad er et resultat av den utviklingen som har skjedd internasjonalt. Det foreligger ikke praksis på dette felt etter loven, og det er usikkert hvor grensene vil bli trukket i fremtiden. Forarbeidene til diskrimineringsloven, og de generelle kommentarene fra Rasediskrimineringskomiteen vil derfor bli tillagt stor vekt.

⁸⁴ Bø, Bente Puntervold (2000) s. 289

Som et utgangspunkt for den videre drøftelse kan en sette opp tre forskjellige aspekter ved diskrimineringen. I forhold til søkere kan det være snakk om direkte diskriminering på bakgrunn av nasjonalitet, og videre om denne forskjellsbehandlingen har en indirekte virkning på etnisitet, i den forstand at den rammer flere søkere fra den tredje verden enn andre søkere. Til slutt kan en spørre om dagens praksis også kan tenkes ha en indirekte diskriminerende virkning på herboendes rett til familieliv. Hovedvekt vil bli lagt på søkers situasjon, og der igjen det direkte diskriminerende aspekt. Hva et vern mot indirekte diskriminering i diskrimineringsloven vil innbefatte er det vanskelig å vite særlig om i skrivende stund, og rettsområdet er derfor vanskelig å tilnærme seg. Det er likevel rettslig interessant, og i forhold til kritikken mot praksis, meget aktuelt.

5.2 Er utlendingsfeltet vernet av diskrimineringsloven?

Det første en må gjøre rede for, er hvorvidt utlendingsforvaltningen er omfattet av loven. Det følger av diskrimineringsloven § 3 første ledd at loven kommer til anvendelse på alle samfunnsområder med unntak av familieliv og personlige forhold. I følge forarbeidene så lovgiver ingen grunn til at ikke loven skulle gjelde på alle områder der diskriminering kunne forekomme, og ønsket med loven å etablere et vidtrekkende vern. I forhold til hvorvidt den også skulle omfatte utlendingsområdet, la lovgiver vekt på at det var i tråd med utlendingslovens intensjon at utlendingsmyndighetenes virksomhet også ble omfattet av loven.⁸⁵

Selv om rådsdirektiv 2000/43/EF var et forbilde ved utformingen av diskrimineringsloven, har lovgiver her gått videre enn EU-retten. Rådsdirektiv 2000/43/EF er nemlig eksplisitt avgrenset fra å gjelde på utlendingsrettens område. UDI stilte seg positivt til dette i sin høringsuttalelse til Holgersensutvalgets lovforslag. Direktoratet mente reelle hensyn talte for at utlendingsforvaltningen burde underlegges den samme kontroll som andre etater i

⁸⁵ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 76

forhold til etnisk diskriminering.⁸⁶ Departementet presiserte at lovforslaget ikke var til hinder for enhver forskjellsbehandling, jfr. unntaksbestemmelsen for forskjellsbehandling som er saklig osv. i §4 fjerde ledd.⁸⁷

5.3 Er nasjonalitet et vernet diskrimineringsgrunnlag?

Med ”diskrimineringsgrunnlag” menes de forhold som er grunnlaget for at noen usaklig blir behandlet på en annen måte enn andre.⁸⁸ Diskrimineringsgrunnlagene etter diskrimineringsloven § 1 er etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn. Diskrimineringsgrunnlagene religion og livssyn behandles ikke i denne avhandling.

I følge lovutvalget skulle etnisitet være det sentrale diskrimineringsgrunnlaget i loven.⁸⁹ Lovutvalget viste til at rasediskrimineringskonvensjonen angir de minimumskrav Norge som stat har forpliktet seg til å rette seg etter. Men Norge står fritt til å gå videre enn minimumskravene, så lenge andre friheter og rettigheter ikke blir krenket.⁹⁰ Diskrimineringsgrunnlagene i RDK er ”rase, hudfarge, avstamning eller nasjonal eller etnisk opprinnelse.”

Lovutvalget ønsket å benytte etnisitet som hovedgrunnlag, og understrekte at etnisitet måtte forstås som et vidt og fleksibelt begrep.⁹¹ Kommunal-og regional departementet la vekt på hensynet til forutberegnelighet og til en tilstrekkelig klar og tilgjengelig lovtekst, og ønsket en oppramsing av diskrimineringsgrunnlagene fremfor ”etnisitet” som samlebegrep. Departementet sa videre at det ikke er mulig med en klar avgrensning av hva som hører inn under begrepet ”etnisitet”, og at det vil være en viss overlapping av de andre

⁸⁶ Ibid. s. 74

⁸⁷ Ibid. s. 76

⁸⁸ NOU 2002:12 s. 228

⁸⁹ Ibid. s. 228

⁹⁰ Ibid. s. 229

⁹¹ Ibid. s. 229

diskrimineringsgrunnlagene i oppramsingen. Departementet presiserte at det var nærliggende å tolke begrepet etnisk opprinnelse inn under begrepet etnisitet, og at begrepene nasjonal minoritet og urfolk var unødvendige å nevne eksplisitt, da de var omfattet av etnisitetsbegrepet.⁹²

Nasjonal opprinnelse anvendes i en rekke internasjonale konvensjoner og i norsk rett, som f.eks. straffeloven §§ 135 litra a, og 349 litra a.⁹³ Departementet anførte at begrepet lå tett opp til ”etnisitet”, og omfattet blant annet fødested, landbakgrunn og oppvekststed.

I tillegg er avstamming, hudfarge og språk inntatt i lovens oppramsing.

”Rase” er ikke et diskrimineringsgrunnlag etter diskrimineringsloven § 1. Betegnelsen blir brukt som selvstendig diskrimineringsgrunnlag i både RDK, EMK og SP. Avgjørelsen om ikke å anvende uttrykket i diskrimineringsloven ble tatt fordi en ønsker å ta avstand fra ideen om at mennesker kan deles inn i forskjellige raser. Å ta avstand fra denne ideen er viktig i bekjempelsen av rasisme, og begrepet har i økende grad blitt gjenstand for internasjonal kritikk.⁹⁴ Rasediskrimineringskomiteen har derimot uttrykt bekymring for at ”rase” ikke er et diskrimineringsgrunnlag i diskrimineringsloven, og har anbefalt at Norge sørger for at ”rase” har et tilstrekkelig vern etter loven, og er innenfor mandatet til likestillings- og diskrimineringsombudet.⁹⁵ Departementet på sin side, mente at et forbud på grunn av de diskrimineringsgrunnlag som er omtalt ovenfor, klart nok omfattet det som ville gi et fullstendig vern etter betegnelsen ”rase”, og at det av denne grunn ikke var nødvendig å ta med begrepet rase i loven.⁹⁶

⁹² Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 88

⁹³ Ibid. s. 88

⁹⁴ Ibid. s. 89

⁹⁵ CERD/C/NOR/CO/18

⁹⁶ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 89

Vi ser at nasjonalitet ikke er et diskrimineringsgrunnlag etter lovens ordlyd. Bakgrunnen for dette er at nasjonalitet ofte brukes synonymt med statsborgerskap, og lovgiver viser av denne grunn varsomhet med å anvende nasjonalitet som et diskrimineringsgrunnlag i loven, da forskjellsbehandling mellom en stats borgere og ikke-borgere ikke anses for å være diskriminering. Innebærer dette at forskjellsbehandling mellom ulike nasjonaliteter er uproblematisk? Lovens ordlyd gir ikke noe opplagt svar på dette. Uten praksis, må en se hen til lovens forarbeider og rasediskrimineringskonvensjonens generelle kommentarer. Holgersenutvalget fremhevet at nasjonalitet kunne spille en rolle som grunnlag for etnisk diskriminering, men at det da ville falle inn under etnisitetsbegrepet som en integrert del av dette.⁹⁷ Utvalget presiserte imidlertid at forståelser av begrepet i retning ”statsborgerskap” ville falle utenfor lovens virkeområde.

I sin høringsuttalelse til lovutkastet i forhold til lovens saklige virkeområde pekte Regjeringsadvokaten på at diskrimineringsloven ville strekke videre enn EU-rettens vern mot etnisk diskriminering. Regjeringsadvokaten viste dessuten til at utvalget ikke hadde drøftet behovet for en avgrensning i samsvar med EU direktivet (Rådsdirektiv 2000/43/EF), hvor det avgrenses eksplisitt mot forskjellsbehandling på grunn av nasjonalitet, og av denne grunn ikke berører bestemmelser vedrørende tredjelandsborgeres eller statsløse personers innreise og opphold i riket.⁹⁸ I forhold til lovutkastets drøftelse av diskrimineringsgrunnlag pekte Regjeringsadvokaten igjen på at han savnet en vurdering av avgrensningen i EUs rådsdirektiv om unntak fra borgere fra tredjeland og statsløse.⁹⁹ Dette tyder på at Regjeringsadvokaten ikke forstår utkastet slik at loven vil være avgrenset fra å komme til anvendelse på forskjellsbehandling mellom ulike nasjonaliteter i forhold til innreise og opphold i riket.

Under Departementets redegjørelse for lovens saklige virkeområde, viser Departementet til Regjeringsadvokatens høringsuttalelse og svarer med at det ikke så noe behov for en

⁹⁷ NOU 2002:12 s. 230

⁹⁸ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 74

⁹⁹ Ibid. s. 85

eksplisitt avgrensning i forhold til statsborgerskap, da diskrimineringsgrunnlaget ikke var opplistet i den uttømmende oppramsningen av diskrimineringsgrunnlag.¹⁰⁰ Samtidig under avsnittet om diskrimineringsgrunnlag sies følgende ” *Utvalget har ikke foreslått at lovens diskrimineringsgrunnlag skal omfatte statsborgerskap. Departementet deler utvalgets oppfatning mht. at loven ikke bør omfatte statsborgerskap som diskrimineringsgrunnlag. Som følge av dette bør dermed heller ikke begrepet nasjonalitet oppregnes, da det ofte brukes synonymt med statsborgerskap.*”¹⁰¹ Videre viser Departementet til at EUs rådsdirektiv ikke omfatter forskjellsbehandling på grunn av nasjonalitet, jf artikkel 3 nr. 2. Det pekes videre på at det fremgår av artikkelen at direktivet ikke berører bestemmelser eller betingelser for tredjelandsborgeres og statsløse personers innreise og opphold, og at direktivet heller ikke omfatter noen form for forskjellsbehandling som skyldes tredjelandsborgeres eller statsløses rettsstilling. Deretter påpeker Departementet ”*Heller ikke RDK kommer til anvendelse på forskjellsbehandling mellom egne statsborgere og utlendinger.*”¹⁰²

En naturlig forståelse av dette vil etter min mening være at lovgiver sikter til forskjellsbehandlingen mellom egne borgere og ikke-borgere, og at dette er begrunnelsen for at nasjonalitet er utelatt. Altså for ikke å skape skranker i forhold til retten til å forskjellsbehandle mellom egne borgere og ikke-borgere. Slik jeg forstår Regjeringsadvokaten, er det ikke dette det siktes til. Regjeringsadvokaten påpeker at loven gir et videre vern enn EU direktivet, da den er gitt anvendelse på utlendingsretten, og den ikke eksplisitt er avgrenset fra å gjelde forskjellsbehandling mellom ikke-borgere. Departementet går ikke inn på denne drøftelsen.

Den ovennevnte forståelse styrkes av at Departementet avslutter avsnittet om nasjonal opprinnelse, nasjonalitet og statsborgerskap med følgende uttalelse ”*Departementet presiserer at det likevel ikke er adgang til diskriminering mellom ulike utenlandske statsborgere.*” Og etter dette viste til Rasediskrimineringskomiteens generelle anbefaling nr. 30 on non-citizens¹⁰³ ”...Article 1, paragraph 3, qualifies article 1, paragraph 2, by

¹⁰⁰ Ibid. s. 76

¹⁰¹ Ibid. s. 88

¹⁰² Ibid. s. 88

¹⁰³ General recommendation no. 30: Discrimination against non-citizens:01/10/2004 art. 1

declaring that among non-citizens, state parties may not discriminate against any particular nationality.”¹⁰⁴

Videre er det som alltid ved lovtolkning viktig å se hen til hvilke underliggende hensyn en bestemmelse er ment å ivareta. Forskjellsbehandling av visumsøkere av forskjellige nasjonaliteter, vil være en forskjellsbehandling av grupper av statsborgere, men også av personer med bestemt landbakgrunn og oppvekststed. Vi har sett at lovgiver har presisert at fødested, landbakgrunn og oppvekststed skal inngå i begrepene etnisitet og nasjonal opprinnelse. Etter min mening vil det innebære en alt for formalistisk og streng tolkning av loven å foreta den slutning at forskjellsbehandling mellom ulike nasjonaliteter ikke vernes, når lovgiver gjentatte ganger har uttalt at begrunnelsen for at begrepet nasjonalitet ikke benyttes er at det ofte anvendes synonymt med statsborgerskap.

Etter dette finner jeg det sannsynlig at loven gir et vern mot usaklig forskjellsbehandling mellom ulike nasjonaliteter ved søknad om visum, selv om diskrimineringsgrunnlaget ”nasjonalitet” ikke er oppramset i lovteksten. Forskjellsbehandling som ikke direkte er knyttet til søkerens nasjonalitet, men heller basert på hvilket område innen en nasjon søkeren kommer fra, vernes eksplisitt av loven under diskrimineringsgrunnlaget etnisitet/nasjonal opprinnelse. Om forskjellsbehandlingen er forenlig med loven eller ei, vil bero på en saklighetsvurdering jf. diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd.

5.4 Kravet til individuell behandling og diskrimineringsvernet

Ovenfor har vi sett at ikke all forskjellsbehandling er ulovlig. Diskriminerende er den forskjellsbehandling som ikke oppfyller saklighetskravet. Før jeg går inn på en nærmere drøftelse av saklighetskravet, er det viktig å ha noen rettslige utgangspunkt klart for seg. Kritikken mot vektlegging av generelle erfaringer med søkergrupper, innebærer både et spørsmål om forbud mot diskriminering, men også forvaltningsrettslige spørsmål om tilstrekkelig individuell saksbehandling.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 89

5.4.1 Det forvaltningsrettslige krav om individuell behandling

Det ligger utenfor oppgavens tema å gå inn på en drøftelse av hvorvidt det finnes et forvaltningsrettslig krav til individuell saksbehandling. Jeg vil bare kort presisere at det følger av UDIs rundskriv¹⁰⁵ at det med hjemmel i utlf. § 106 kan tas utgangspunkt i generelle erfaringer med søkere fra området visumsøkeren kommer fra, men disse momentene ”må forankres i de faktiske forhold i den konkrete sak”. Det følger av samme avsnitt at det ”må tas hensyn til de individuelle omstendighetene i saken”. Lovutvalget har i utkast til ny utlendingslov¹⁰⁶ pekt på at generelle erfaringer med enkelte befolkningsgrupper og områder utgjør et naturlig utgangspunkt for vurderingen av om visum skal innvilges, men de generelle erfaringene må imidlertid kunne konkretiseres, og de kan ikke anvendes som begrunnelse for avslag uten at også de individuelle forhold er vurdert. Lovutvalget har her vektlagt Sivilombudsmannens kritikk. Sivilombudsmannen har vært av den oppfatning at henvisningen til generelle erfaringer har medført at vedtaket i realiteten ikke er etterprøvbart for søkeren, og uttalelsene i perioden 1980 til 1992 viser at Sivilombudsmannen stiller seg kritisk til generelle erfaringer med søkergrupper, og han etterlyser en nærmere konkretisering og individuell saksbehandling. Han har likevel ikke etterlyst nærmere statistikk som grunnlag for myndighetenes erfaringer.¹⁰⁷ Sivilombudsmannens manglende krav om statistikk har vært kritisert av Puntervold Bø.¹⁰⁸

Mitt syn på dette er at på samme måte som domstolen vil vise forsiktighet med å overprøve forvaltningens skjønn, vil Sivilombudsmannen være forsiktig med å sette seg til doms over utlendingsmyndighetenes vurdering av de enkelte søkegrupper. Begrunnelsen for dette er at forvaltningsorganet innehar verdifull kompetanse og erfaring på et bestemt faglig område, og derfor er nærmest til å foreta en riktig vurdering. Så lenge denne vurdering ikke synes å bygge på et åpenbart vilkårlig grunnlag, er det ikke dette som blir det essensielle for Sivilombudsmannen. Slik jeg ser det, er det sentrale poeng for Sivilombudsmannen,

¹⁰⁵ Rundskriv 2001-017 JURA

¹⁰⁶ NOU 2004:20 s. 286

¹⁰⁷ Fundingsrud, Daniel Furió (2006) *sivilombudsmannens uttalelser i visumsaker* s. 47.

¹⁰⁸ Bø, Bente Puntervold (2004) s. 124

hvorvidt det *til tross for* en slik kategorisering, har blitt foretatt en tilstrekkelig individuell vurdering av den enkelte søker. Altså om de generelle erfaringene har blitt veid mot de øvrige forhold i den enkelte sak. Problemet i forhold til kravet om individuell saksbehandling er ikke først og fremst plasseringen av en søker i en gruppe med andre på bakgrunn av bestemte kriterier, men om den enkelte *likevel, til tross for denne kategoriseringen*, får en tilstrekkelig individuell vurdering. Dersom den individuelle behandlingen blir illusorisk, på den måte at avgjørende vekt de facto legges på de generelle erfaringene myndighetene har med søkegruppen, er ikke saksbehandlingen tilstrekkelig individualisert.

5.4.2 Diskriminering

Kravet til individuell behandling av den enkelte søker er også viktig i forhold til forbudet mot diskriminering. Men rekkefølgen blir noe annerledes enn ved kravet om individuell behandling. I forhold til vernet mot diskriminering, vil en utilstrekkelig individuell behandling av en visumsøker ha den konsekvens at vedkommende blir bedømt på bakgrunn av hans plassering i en gruppe. Når det er vanskeligere for denne gruppen å få innvilget visum enn det er for andre grupper, har det skjedd en forskjellsbehandling som et direkte resultat av den manglende individuelle vurderingen. Men det er likevel ikke gitt at søker har blitt diskriminert. Dersom forskjellsbehandlingen er saklig, er den ikke ulovlig. Altså, ved snakk om et forvaltningsrettslig krav til individuell saksbehandling, er det sentrale poeng om en søker har fått tilstrekkelig individuell behandling *etter* å ha blitt plassert i en gruppe. Dersom han ikke har det, er ikke kravet oppfylt. I forhold til diskrimineringsaspektet blir poenget om søkeren på grunn av manglende individuell vurdering blir plassert i en gruppe, og denne gruppen mottar en dårligere behandling enn andre grupper, uten at dette kan sies å være saklig begrunnet. Dersom forskjellsbehandlingen er saklig, er det ikke snakk om diskriminering, men det kan fortsatt være snakk om en utilstrekkelig individuell vurdering av søkeren.

5.5 Saklighetsvurderingen

I del II så vi at en forskjellsbehandlings saklighet beror på om den har et objektivt og rimelig formål, og om det er forholdsmessighet mellom mål og middel.

5.5.1 Objektivt og rimelig formål?

Selve fundamentet for avgjørelsen av en visumsøknad, er hvorvidt det er sannsynlig at søkeren vil reise tilbake ved visumtidens utløp. Innvandringspolitiske hensyn vektlegges ved avgjørelsen av en søknad for å hindre såkalt visumavhopp. Dersom det er grunn til å tro at en visumsøker vil søke om oppholdstillatelse, familiegjengenforening, asyl eller rett og slett bli igjen i landet ulovlig, vil søknaden om visum bli avslått av utlendingsmyndighetene.

Punternvold Bø hevder det er vanskelig å se at det representerer et innvandringspolitisk problem at et visst antall utlendinger henvender seg til norske myndigheter med en søknad om oppholdstillatelse, og mener det først er når en utlending er i landet på besøksvisum og unnlater å forlate landet når avslaget på en slik søknad foreligger, at det blir snakk om et innvandringspolitisk problem.¹⁰⁹ Selv om jeg ser poenget med denne argumentasjonen, er jo problemet med dette utgangspunktet at utlendingsmyndighetene ikke på forhånd kan vite noe om hvem som vil respektere et avslag på en slik søknad og dra hjem, og hvem som kommer til å fortsette å være i landet ulovlig. Derfor blir hele vurderingstemaet for myndighetene hvorvidt det er sannsynlig at søkeren har et ønske om å bosette seg i Norge eller et annet Schengenland. Dersom myndighetene finner at sannsynligheten er stor for at det er dette som er den virkelige grunnen for visumsøknaden, kan ikke en søknad om visum innvilges. Da må visumsøkeren søke om familiegjengenforening eller arbeidstillatelse fra sitt hjemland. En kan allikevel drøfte hvorvidt en nærmest paranoid besøksvisumpolitikk, der svært mange visumsøkere fra den tredje verden anses som potensielle snikinnvandrere¹¹⁰ er

¹⁰⁹ Bø, Bente Punternvold (2004) s. 109

¹¹⁰ Ibid. s. 110

rimelig og nødvendig. Dette blir likevel en politisk debatt som jeg ikke vil gå videre inn på i denne avhandling.

I forhold til potensielle asylsøkere, mener Puntervold Bø innvandringsproblematikken er mer reell, med den begrunnelse at en person som befinner seg i Norge på besøksvisum og som søker om asyl under oppholdet, ikke kan avvises før søknaden er ferdig behandlet, og dersom staten ikke kan returnere søkeren til hjemlandet på grunn av forfølgelsesfare der, må personen innvilges midlertidig eller permanent opphold i landet.

Formålet med en restriktiv visumpraksis, og med dette en strengere praksis for enkelte søkergrupper, er å ha kontroll med ulovlig innvandring og opphold. For å oppnå kontroll fungerer dagens praksis på en slik måte at alle visumsøkere det er sannsynlig å tro har en annen reell intensjon for å søke om visum, være seg et ønske om familiegjening med slekt i Norge, arbeidsinnvandring eller asyl, får avslag på sin søknad om visum. En kan være uenig eller enig i denne politikken, og være av den formening at den er urimelig streng, men i forhold til diskrimineringsproblematikken og ikke andre rettslige og moralske aspekter, må en kunne se dette som et objektivt og rimelig formål.

5.5.2 Proporsjonalitetskravet-forholdsmessighet mellom mål og middel

For å oppnå ovenstående formål, legger en vekt på søkerens returforutsetninger. Naturlig nok, vil levekårene i søkers hjemland få betydning ved vurderingen av hvor sannsynlig det er at vedkommende ønsker å bosette seg i Norge eller et annet Schengenland. På grunn av dette, skjer det en forskjellsbehandling av søkere fra forskjellige nasjonaliteter. Dette har igjen den effekt at søkere fra den tredje verden kommer dårligst ut som gruppe.

Begrunnelsen for denne forskjellsbehandlingen er å oppnå ovennevnte mål.

Spørsmålet blir så, om det er forholdsmessighet mellom mål og middel. Kritikken på dette punkt går i hovedsak ut på at utlendingsmyndighetene viser til bestemte erfaringer med folkegrupper, uten å kunne dokumentere sine erfaringer. I avslagsvedtaket vil det typisk hete at myndighetene har erfaring med at visumsøkere fra samme kategori som søker, ikke

har reist tilbake til sitt hjemland ved visumtidens utløp. Men det foreligger ingen dokumentasjon på dette. Som ovenfor beskrevet, har dette kun vært forsøkt statistisk dokumentert på begynnelsen av nitti-tallet, da bare på bakgrunn av nasjonalitet, ikke alder og kjønn. Denne statistikken viste at det til sammen kun var snakk om 5% som ble værende i landet etter visumet utløp. Statistikken viste heller ingen store forskjeller på bakgrunn av nasjonalitet.

Punternvold Bø oppsummerte sin kritikk med følgende avsnitt *"utlendingsforvaltningen praktiserer i dag en strengere visumpolitikk i forhold til bestemte nasjonaliteter enn overfor andre grupper, på grunnlag av udokumenterte erfaringer med at disse gruppene oftere søker om oppholdstillatelse enn visumsøkere fra andre land. Så lenge det ikke sannsynliggjøres at forskjellene mellom nasjonalitetsgruppene når det gjelder returforutsetningene, er reelle, er det verken et moralsk eller rettslig grunnlag for forskjellsbehandlingen."*¹¹¹

OMOD legger også stor vekt på at det ikke er utarbeidet avhoppstatistikk jf. punkt 3.3.

Det er kritikkverdig at det legges avgjørende vekt på påståtte erfaringer uten at utlendingsmyndighetene vil eller kan gjøre rede for hvor de har erfaringene fra. Når et avslag begrunnes med en setning om at en har erfaring med at søkere fra samme nasjonalitet ikke har returnert til sitt hjemland ved visumtidens utløp, er det beklagelig og betenkelig at en ikke kan gjøre rede for hvor denne erfaringen kommer fra.

Spørsmålet blir likevel om en manglende avhoppstatistikk medfører at forskjellsbehandlingen er usaklig, og dermed ulovlig diskriminering? For å avgjøre om det er forholdsmessighet mellom mål og middel, og dermed at forskjellsbehandling er saklig og lovlig, må en foreta en helhetlig, konkret vurdering. For det første må en se på hva det er en

¹¹¹ Bø, Bente Punternvold (2004) s. 125

slik avhoppstatistikk faktisk kan fortelle oss. Vil en avhoppstatistikk gi et representativt bilde på hvilke visumsøkere som ikke overholder vilkårene for å få innvilget visum?

Dersom en hadde besluttet å behandle alle nasjonaliteter helt likt, slik at vurderingen om visum skulle innvilges eller ei ble like liberal for absolutt alle søkere, ville en kunne ført en representativ statistikk over hvilke grupper som overholdt vilkårene for visumet, og hvilke grupper som hoppet av. Dersom en fører en slik statistikk i dag, hvor praksis i utgangspunktet er mer restriktiv for noen nasjoner, er det allerede foretatt en sortering av visumsøkerne *før* de kommer. Mange av de som hadde fått innvilget visum dersom praksis var gjengs liberal, har fått avslag. Det vil si at de som faktisk ankommer landet på visum fra land hvor praksis er restriktiv, har en sterk tilknytning til sitt hjemland. Å føre en statistikk over disse vil av denne grunn ikke vise hvorfor praksis er mer restriktiv for denne gruppen.

Selvfølgelig kan det uansett kritiseres at det ikke føres en kontroll med hvor mange som blir igjen i Norge etter at visumtiden utløper, men for å si at forskjellsbehandlingen er usaklig, må en se nærmere på hvilke vurderinger som i utgangspunktet er tatt.

Hva bygger utlendingsmyndighetene sine erfaringer på? De har vært kritisert i en årrekke for å holde kortene for tett til brystet. En kan i dag ane en tendens til større åpenhet, noe som vil være heldig for alle parter.

I januar 2005 ble utlendingsforvaltningens landinformasjon, Landinfo, opprettet. Enheten er administrativt underlagt UDI, men er faglig uavhengig. I tillegg til å innhente og analysere informasjon om forholdene i de enkelte land, er Landinfos oppgave å gi opplæring til saksbehandlere i utlendingsforvaltningen. Hensikten med opprettelsen av Landinfo var å sørge for en mer synlig landinformasjon utad.¹¹² Landinfo er en viktig ressursbank for utlendingsmyndighetene i vurderingen av forholdene i det enkelte land, og

¹¹² Fundingsrud, Daniel Furió (2006) s. 61

en må kunne stole på at rådgiverne besitter gode generelle kunnskaper om landene. Utlendingsnemnda (UNE) og UDI anvender informasjon fra Landinfo som en del av grunnlagsmaterialet i sitt arbeid.¹¹³

I tillegg til å vektlegge opplysningene fra Landinfo, sitter utlendingsmyndighetene inne med en del statistikk som også blir vektlagt. Nedenfor er en liste over tall som har blitt fremlagt for sivilombudsmannen¹¹⁴:

- Asylstatistikk (antall søkere fra det vedkommende land, basert på statsborgerskap)
- Visumstatistikk (antall tillatelser/avslag fra landet fra UDI eller samlet tall fra norske utenriksstasjoner, inkludert søknader til andre land Norge har representasjonsavtale med.)
- KRIPOS utreisekontroller, som viser om utlendinger reiste den dagen flybilletten anga som tilbakereisedagen.
- Statistikk over asylsøkere med visum i en begrenset periode.
- Manuell registrering av asylsøkere med visum
- Statistikk over registrerte visumavhopp i perioden 1991-1994, som UDI mener er beheftet med vesentlige feilkilder (Bø (2000) side 142 flg.)

Selv om en kan undre seg over hvorfor det ikke utarbeides et bedre, mer omfattende statistisk grunnlag av flere grunner, må en også respektere forvaltningsorganet kunnskap og kjennskap til sitt forvaltningsområde. Problemet med utlendingsmyndighetenes historiske trang til å holde kortene tett til brystet, er at en vanskelig kan føre en kontroll med sakligheten av grunnlaget for de avveininger som blir gjort. En blir tvunget til å stole blindt på at forvaltningsorganet etterser sin oppgave på en ordentlig måte, og sitter inne med den kunnskap og kompetanse som er nødvendig for å foreta de riktige vurderinger.

¹¹³ Tilgang: <http://www.landinfo.no/index.gan?id=489&subid=0>

¹¹⁴ Fundingsrud, Daniel Furió (2006) s. 50

Det er dermed vanskelig å vurdere hvorvidt det foreligger saklig grunnlag for å behandle visumsøkere fra forskjellige områder forskjellig. Det er åpenbart svakheter ved utlendingsmyndighetenes dokumentasjon av grunnlaget for forskjellsbehandlingen. Likevel er det ikke til å komme bort fra at myndighetene sitter inne med mye kunnskap, slik at vurderingene neppe kan sies å ha et vilkårlig preg. En konstatering av at manglende avhoppstatistikk i seg er nok for at forskjellsbehandlingen ikke er saklig, blir noe enkelt og unyansert. Summen av myndighetenes informasjon og tilgjengelig statistikk om leveforholdene og utvandringspotensialet for en nasjonalitet vil være avgjørende for om det er saklig å behandle søkere fra denne gruppen strengere enn andre søkere. En helhetlig, kontinuerlig vurdering blir derfor nødvendig. For at en slik vurdering skal være mulig, må utlendingsmyndighetene vise større åpenhet i fremtiden.

5.6 Bevisbyrde

Diskrimineringsloven § 10 sier følgende om bevisbyrde: ”Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted brudd på bestemmelsene i §§ 4, 5, 6, 7 eller 9, skal det legges til grunn at brudd har funnet sted, hvis ikke den som er ansvarlig for handlingen, unnlatsen eller ytringen sannsynliggjør at det likevel ikke har funnet sted slikt brudd.”

Det foreligger altså et prinsipp om delt bevisbyrde. Dette medfører at når en person mener seg diskriminert i et visum vedtak, blir det opp til utlendingsmyndighetene å bevise at den eventuelle forskjellsbehandlingen på bakgrunn av nasjonalitet, har skjedd på et saklig grunnlag.

6 Kan dagens praksis virke indirekte diskriminerende på en gruppes rett til familieliv?

Vi har sett i del II at vernet mot indirekte diskriminering har blitt styrket over de senere år. I denne delen av oppgaven vil jeg forsøke å belyse hvordan dagens visumpraksis kan være i konflikt med vernet mot indirekte diskriminering. En må ha i minne at selv om diskrimineringsloven eksplisitt gir et vern mot både direkte og indirekte diskriminering, vet vi i dag ingenting om hvor strenge krav som vil stilles i forhold til å konstatere indirekte diskriminering. Det eneste vi vet, er at en gruppe må komme *kvalifisert* dårligere ut enn andre, for å kunne påberope seg å ha blitt indirekte diskriminert. Hvor strengt dette vil bli tolket i praksis, og hva som i fremtiden kommer til å bli krevd for å bevise dette, kan vi ikke vite særlig om i skrivende stund. Drøftelsen vil av denne grunn få et noe hypotetisk preg. I tillegg vil det være avgjørende for om det er snakk om indirekte diskriminering om forskjellsbehandlingen er saklig eller ikke jf. drøftelsen ovenfor. Med utgangspunkt i denne drøftelse, og vissheten om at en gruppe må komme kvalifisert dårligere ut for at det skal være snakk om indirekte diskriminering, tyder mye på at en vanskelig vil kunne trekke den bestemte slutning at dagens praksis har en indirekte diskriminerende virkning på herboende. Problemstillingen er uansett interessant, og kritikken mot visumpraksis har i den senere tid i økende grad konsentrert seg om en eventuell indirekte virkning på herboende. Jeg synes derfor det er på sin plass å belyse problemstillingen i denne avhandling. Dette vil jeg gjøre ved å vise til et eksempel på hvordan praksis kan få en slik virkning, og hvordan dette kan være i strid med det rettslige vern mot etnisk diskriminering.

6.1 Nordmenn med pakistansk opprinnelse

Personer med pakistansk innvandrerbakgrunn utgjør pr. 1. januar 2006 den største enkeltgruppen i innvandrerbefolkningen med 27 700 personer. Pakistanere er videre den gruppen med høyest andel av personer født i Norge med 45 prosent.¹¹⁵ Vi har sett at

¹¹⁵ Tilgang: <http://www.ssb.no/innvbef/>, lesedato 05.11.2006

visumsøknader fra Pakistan har høy avslagsprosent. Tall fra UDI viser at over 50 prosent av besøksvisumsakene behandlet ved ambassaden i Islamabad får avslag, og over 50 prosent av visumsøknadene behandlet av UDI får avslag. Selv om praksis er restriktiv for pakistanere, må en være oppmerksom på at høyere avslagstall også har sammenheng med hvor mange og hvem som søker. For land der visumpraksis er svært restriktiv, vil det være færre som i utgangspunktet søker om visum. De som søker vil ofte være bona fide søkere, kanskje forretningsfolk eller personer som tidligere har reist eller vært bosatt innen Schengenområdet. Det statistiske resultat kan derfor innebære at innvilgelsesprosenten er høyere fra land hvor det virker naturlig med en svært restriktiv praksis, enn for andre land som f.eks. Pakistan. Siden det bor en stor gruppe pakistanere i Norge, er konsekvensen at mange pakistanere søker om visum for å besøke familie her. Men uansett om statistikken kan spille en et puss, er det på det rene at praksis er restriktiv for pakistanske søkere.

Vi har altså en stor gruppe nordmenn med pakistansk opprinnelse og bakgrunn, som i betydelig grad avskjæres fra å få besøk av medlemmer av sin familie i Pakistan. På grunn av sin nasjonale opprinnelse, har de ikke samme mulighet til familieliv som andre norske borgere.

6.2 Retten til familieliv

Retten til familieliv er en av de sivile rettighetene som vernes av EMK art. 8 og SP art. 17. Bestemmelsene gir først og fremst et vern mot inngrep, men kan etter omstendighetene også innebære en plikt for staten til å treffe positive tiltak for å sikre rettighetene.¹¹⁶ Innvandreres familieliv er et politisk sensitivt område, og reiser særlige spørsmål både i forhold til innreise og utvisning. Av denne grunn innrømmes statene et vidtrekkende skjønn.¹¹⁷ Dette må sees i sammenheng med det grunnleggende prinsipp om statenes suverenitet, og rettspraksis har vist at EMD har vært forsiktig med å akseptere en rett til

¹¹⁶ Møse (2002) s. 401

¹¹⁷ Høstmælingen (2003) *Internasjonale menneskerettigheter* s. 225

innreise. Et viktig moment for Domstolen har vært om familielivet kan utøves i hjemlandet.¹¹⁸

Vi har sett ovenfor at EMD i saken Abdulaziz mfl. v UK ble kritisert for ikke engang å ville problematisere hvorvidt praksisen hadde en indirekte diskriminerende virkning på grunn av rase, selv om den britiske familieforeningspraksisen rammet innvandrere fra New Commonwealth og Pakistan i større grad enn andre. Domstolen fant likevel at praksisen var direkte diskriminerende på grunn av kjønn.

Det er i familieforeningssaker dette spørsmålet har kommet på spissen for EMD. Et avslag på familieforening med ektefelle eller barn, vil naturlig nok være av en langt mer inngripende art enn et avslag på et besøksvisum for å besøke nær familie. Når EMD er forsiktig med å akseptere en rett til innreise i familieforeningssaker, må en regne med at Domstolen i alle fall ikke ville vært mindre skeptisk i forhold til besøksvisum. Et viktig argument vil være at herboende heller kan reise og besøke familie i opprinnelseslandet.

Problemstillingen en må stille, er ikke om dagens visumpraksis innskrenker retten til familieliv etter EMK art. 8 og SP art. 17, men om praksisen har en slik virkning at en gruppe stilles særlig ufordelaktig i forhold til sin rett til familieliv.

RDK er som ovenfor beskrevet, inkorporert i norsk rett gjennom diskrimineringsloven. Vi har sett at diskrimineringsloven er gitt et vidtrekkende anvendelsesområde, og også omfatter utlendingsforvaltningen.

Etter RDK art. 5, skal en rekke opprørsede sivile, politiske, økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter sikres for alle, uten diskriminering på bakgrunn av deres etnisitet. Retten til familieliv er ikke eksplisitt nevnt i artikkelen. Men det følger av art. 5 litra d og uttrykket ”andre sivile rettigheter” sett i sammenheng med generell kommentar nr. 20 art.

¹¹⁸ Møse (2002) s. 426

1, at art. 5 ikke inneholder en uttømmende liste av rettigheter. Det følger videre av kommentaren, at RDK ikke selv skaper disse rettighetene, men kun forutsetter deres eksistens, og krever at rettighetene skal sikres alle uten diskriminering på bakgrunn av deres rase, etniske opprinnelse m.v.¹¹⁹

Det følger av generell kommentar nr. 20 art. 2, at når en stat innskrenker rettighetene etter art. 5 for noen innen sin jurisdiksjon, må staten forsikre at restriksjonen ikke, verken med dens intensjon eller virkning, er uforenlig med RDK art. 1.

Vi har ovenfor sett at visumpraksisen medfører en forskjellsbehandling av *søkere* på bakgrunn av deres nasjonalitet. Overfor herboende nordmenn, er praksisen tilsynelatende nøytral. Det skjer ingen direkte forskjellsbehandling av herboende med forskjellig nasjonal opprinnelse, nasjonalitet mv. i forhold til hvem som kan få besøk av familie utenfra. I forhold til nærværende eksempel, nordmenn med pakistansk opprinnelse, blir spørsmålet om denne tilsynelatende nøytrale praksis likevel har en slik virkning, at denne gruppen stilles særlig ufordelaktig i forhold til retten til familieliv.

Norske myndigheter fører en streng visumpraksis overfor pakistanere. Når pakistanere utgjør en så stor del av den norske befolkningen som vist ovenfor, stilles denne gruppen særlig ufordelaktig i forhold til retten til familieliv, sammenlignet med andre nordmenn.

I følge forarbeidene¹²⁰ skal det ved vurderingen av om forbudet mot indirekte diskriminering er overtrådt legges vekt på hvor store problemer det vil være forbundet med å forandre bestemmelsen, betingelsen mv.

Selv om utlendingsmyndighetene anser pakistanere for å tilhøre en nasjonalitet som myndighetene frykter ikke vil forlate landet, blir spørsmålet om de likevel, på bakgrunn av den

¹¹⁹ General recommendation no. 20: Non-discriminatory implementation of rights and freedoms (art. 5): 15/03/96 art. 1

¹²⁰ Ot. prp. nr. 33 (2004-2005) s. 96

virkning praksisen får på en stor gruppe nordmenn, burde behandle søkere fra Pakistan mindre restriktivt en tilfelle er i dag.

Kanskje kunne risikoen for avhopp avhjelpes på andre måter enn bare en generell høy terskel for å innvilge innreise. Jeg vil ikke her gå inn på hvilke virkemidler en kunne tatt i bruk for å hindre avhopp, det vil i denne anledning føre for langt. Det viktige er at en ser problemstillingen. Praksis overfor pakistanere medfører at en stor gruppe nordmenn, som har bodd i landet i flere generasjoner, blir påført restriksjoner i forhold til retten til familieliv. I en tid hvor integreringsdebatten er i fokus, kan en spørre seg hvilke konsekvenser dette kan få på sikt.

7 Håndheving

I tillegg til å utarbeide et lovforslag til en lov mot etnisk diskriminering, fikk Holgersenutvalget i oppgave å utarbeide et forslag til hvordan loven skulle håndheves. Utvalget la vekt på at det ville være behov for et effektivt og velfungerende håndhevingsorgan, som kunne bidra til at saker om etnisk diskriminering kunne løses effektivt uten å bringes inn for domstolene.¹²¹ Utvalget mente at dersom det skulle bli en ombudsordning, så skulle ombudet i motsetning til eksisterende ombudsordninger, få en omfattende avgjørelsesmyndighet. Av denne grunn mente utvalget at betegnelsen ombud ikke ville gi de rette assosiasjonene og derfor ikke ville være særlig godt egnet. Lovutvalgets tilrådning ble at diskrimineringsloven skulle håndheves av et særskilt håndhevingsapparat, ”Diskrimineringstilsynet” og ”Klagenemnda for diskriminering”, og at SMED skulle omdannes til et ”Kompetansesenter for etnisk likestilling”.¹²² Kompetansesenteret skulle i motsetning til SMED, ikke inneha noen rettshjelpsfunksjon.

¹²¹ NOU 2002:12 s. 313

¹²² Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 174

På oppdrag fra Kommunal- og regionaldepartementet utførte Institutt for kriminologi- og retts sosiologi ved Universitetet i Oslo og Norsk institutt for by- og regionforskning (NIBR) en løpende evaluering av SMEDs virksomhet. Evalueringen startet opp ved årsskiftet 1999/2000 og ble gjennomført ved blant annet observasjon, intervjuer og dokumentstudier frem til 1. juli 2002.¹²³ Evalueringen ”SMED underveis. En prosessevaluering av Senter mot etnisk diskriminering” (Skriftserie nr. 75/2003) ble lagt fram i 2003.¹²⁴

Forskerne skulle komme med forslag og anbefalninger til om, og eventuelt hvordan, SMED burde videreføres. Lovutvalgets lovforslag ble ferdigstilt før den endelige rapporten om SMED ble lagt frem. Dermed kunne utrederne trekke frem lovutvalgets anbefalninger og komme med synspunkter til disse. Utrederne frarådet sterkt Holgersenutvalgets forslag om et kompetansesenter uten rettshjelfunksjon, da de mente et kompetansesenter uten rettshjelp ville bli et halvhjertet tilbud som ville gå glipp av mye verdifullt erfaringsmateriale som grunnlag for sin virksomhet. Utrederne pekte også på at et kompetansesenter uten rettshjelpstilbud ville ha betydelig større problemer med å få klienter og saker, og at senteret av denne grunn ville få et svakere materielt grunnlag for virksomheten, og det ville i større grad bero på tilfeldigheter hva som ville bli tatt opp. Dessuten ville et kompetansesenter uten rettshjelfunksjon måtte avvise eller henvise mange klienter videre fordi deres problemer helt eller delvis ville være av rettslig karakter.¹²⁵ Videre mente utrederne lovutvalget ikke i tilstrekkelig grad hadde problematisert forskjellene mellom et tilsyn og et ombud. Utrederne påpekte at et ombud vil ha noen av de samme typer funksjoner som et tilsyn, men et ombud ville kunne gå ut over den rollen som må kreves av et tilsyn og følge opp og eventuelt kritisere et tilsyns håndheving av lovgivningen.¹²⁶

Regjeringen ga 28. oktober 2002 en interdepartemental arbeidsgruppe i oppdrag å utrede spørsmålet om å etablere et felles håndhevingsapparat for diskriminering på grunn av kjønn og etnisitet.¹²⁷ Etter arbeidsgruppens utredning og på grunnlag av innkomne høringsuttalelser, gikk regjeringen inn for at det skulle etableres et felles apparat for å håndheve likestillingsloven, lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv.,

¹²³ Gotaas, Nora...[m.fl.] (2003) s. 7

¹²⁴ Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 21

¹²⁵ Gotaas, Nora...[m.fl.] (2003) s. 222-223

¹²⁶ Ibid. s. 215

¹²⁷ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 174

likebehandlingskapitlet i arbeidsmiljøloven og diskrimineringsforbudene i boliglovene. Arbeidsgruppen ønsket videre at organet både skulle inneha en lovhåndhever og pådriverfunksjon.¹²⁸ Departementet støttet arbeidsgruppens forslag, da en mente det var flere fordeler enn ulemper med den foreslåtte ordningen.¹²⁹ Det ble i forarbeidene lagt vekt på at separate organer for ulike diskrimineringsorgan ville være små og sårbare, og at et felles apparat ville bidra til større oversiktighet og tilgjengelighet for brukerne, en mer effektiv ressursutnyttelse og bedre grunnlag for erfaringsoverføringer og kompetanseutveksling.¹³⁰

Departementet så risikoen for at et håndhevingsapparat kunne miste troverdighet som objektiv lovhåndhever dersom førstinstansen både skulle ha en pådriverrolle og vedtaksmyndighet. Av denne grunn mente departementet at førstinstansen som hovedregel kun skulle ha uttalerett tilsvarende Ligestillingsombudet, mens vedtaksmyndigheten skulle legges til andreinstansen, som ikke skulle ivareta noen pådriverrolle. Departementet mente betegnelsen Ombud var den mest hensiktsmessige når organet som hovedregel ikke har vedtaksmyndighet, men uttalerett.¹³¹

Resultatet ble at for å håndheve den nye diskrimineringsloven, ligestillingsloven og enkelte diskrimineringsbestemmelser i andre lover, har vi fått et ligestillings- og diskrimineringsombud og en ligestillings- og diskrimineringsnemnd.

Etter ligestillings- og diskrimineringsombudsloven § 2, er Ombudet et uavhengig forvaltningsorgan administrativt underordnet Kongen og departementet. Ombudet og Nemnda skal føre tilsyn med og medvirke til gjennomføringen av blant annet diskrimineringsloven og RDK. Dersom den finner at det foreligger brudd på bestemmelser etter lovene, kan Ombudet komme med en uttalelse. Det følger av § 3, tredje ledd at Ombudet skal søke å oppnå at partene frivillig retter seg etter uttalelsen. Dersom frivillig ordning ikke oppnås, kan ombudet forelegge saken for nemnda til behandling. Etter § 7 første ledd, kan Nemnda treffe vedtak i saken. Det følger av § 9 at Nemnda ikke kan oppheve eller endre vedtak truffet av andre forvaltningsorganer.

¹²⁸ Ot.prp. nr. 34 (2004-2005)s. 33

¹²⁹ Ibid. s. 35

¹³⁰ Ibid. s. 35

¹³¹ Ibid. s. 40

I tillegg til en lovhåndheverfunksjon, skal ombudet ha en kompetanse/pådriverrolle. Sistnevnte kan deles inn i rollene pådriver, holdnings- og atferdspåvirker, støtte/veileder og kompetanse/kunnskapsutvikler, i tillegg til en forumsfunksjon.¹³² I den veiledningsfunksjonen som følger under kompetanse/pådriverrollen, ligger å tilby støtte og veiledning spesielt rettet mot de som arbeider for å fremme likestilling og motarbeide diskriminering. Denne generelle støtte- og veiledningstjenesten omfatter ikke støtte og veiledning til enkeltpersoner som mener seg utsatt for diskriminering.¹³³ En veiledningsplikt overfor enkeltpersoner er likevel en del av rollen som lovhåndhever, og en utvidet veiledningsplikt er lovfestet i lovens § 3, sjette ledd. Dette vil i følge forarbeidene blant annet innebære at Ombudet skal veilede og informere om saksgang og hvilke muligheter som foreligger i det enkelte tilfellet, og i tillegg henvise videre til rette instans. Det kan omfatte både søknader til forvaltningsorganer, klager over forvaltningsvedtak eller klage over politiets adferd.¹³⁴

En utvidet veiledningsplikt, må allikevel avgrenses fra å representere parten utad. Det nye ombudet har naturlig nok ingen rettshjelpsfunksjon, da det skal være et nøytralt organ. Ved avviklingen av SMED har en mistet et gratis rettshjelpstilbud for de som mener seg diskriminert i samfunnet. Etter SMEDs erfaring var klager til forvaltningen et område hvor det særlig var behov for hjelp og veiledning.¹³⁵ Departementet synes å være av den oppfatning at ved å allikevel gi ombudet en utvidet veiledningsplikt og en ellers omfattende rolle, vil det ikke være det samme behovet for rettshelp i diskrimineringssaker som det var tidligere.

Jeg vil ikke gå inn på en videre problematisering av konsekvensene av et manglende rettshjelpstilbud. Det er neppe for visumsaker dette vil representere det største problemet. Den enkelte vil kunne få tilstrekkelig veiledning til å forstå hvordan en klage bør utformes, og hvilke argumenter som har betydning og som bør vektlegges. Likevel vil jeg bemerke at det å få veiledning i hvilke rettigheter en har, og hvordan en kan utforme klageskriv, ikke tilsvarer det å bli representert i den enkelte sak. Når en organisasjon som SMED trer inn som partsrepresentant i en klagesak, gis et betydelig signal til utlendingsmyndighetene. Det kan

¹³² Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 46

¹³³ Ibid. s. 54

¹³⁴ Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 64

¹³⁵ NOU 2002:12 s. 319

kanskje være en fare for at den enkelte klager ikke vil bli tatt like alvorlig. Som forskerne påpekte i evalueringen av SMED, er det også en fare for at manglende partsrepresentasjon og rettshjelp vil føre til at langt færre oppsøker ombudet. Mange innvandrere vil nok kvie seg for å ta kontakt med en nøytralt, statlig organ. Dermed blir terskelen for å søke hjelp høyere. Den enkelte kan selvfølgelig benytte seg av andre rettshjelpstilbud, som for eksempel fri rettshjelp, men som påpekt av forskerne i evalueringen av SMED, vil andre rettshjelpere mangle den nødvendige spisskompetansen som er nødvendig på dette området av jussen.¹³⁶

I forhold til å avkreve bedre dokumentasjon fra utlendingsmyndighetene, kan mye tyde på at det nye Ombudet vil få en positiv effekt. Som jeg beskrev ovenfor, har Ombudet allerede etterspurt dokumentasjon fra UDI. Mens Sivilombudsmannen, i større grad har vektlagt hvorvidt en reell individuell behandling blir foretatt av den enkelte søker, vil grunnlaget for forskjellsbehandlingen og kategoriseringen i søkergrupper være det essensielle for Diskrimineringsombudet. Dermed kan en nok forvente og håpe at Ombudet vil stille strengere krav til dokumentasjon i fremtiden.

8 Oppsummering/avslutning

I denne avhandling har jeg tatt utgangspunkt i eksisterende kritikk mot utlendingsmyndighetenes visumpraksis. En rekke aspekter ved dagens praksis har blitt kritisert i de senere år. Jeg har konsentrert meg om den delen av kritikken som går på at praksis er diskriminerende på bakgrunn av etnisitet.

Vi har sett at det rettslige vern mot etnisk diskriminering har blitt styrket her til lands, vi har fått en ny diskrimineringslov og et nytt ombud. Loven har fått et vidt anvendelsesområde, og er ikke begrenset fra å gjelde på utlendingsfeltet. Utlendingsmyndighetenes forskjellsbehandling av søkere basert på deres nasjonalitet, må altså oppfylle kravene til saklighet for ikke å være i strid med loven. Innen EU, er

¹³⁶ Gotaas, Nora...[m.fl] (2003) s. 219

diskrimineringsvernet begrenset fra å gjelde på utlendingsområdet, og eksplisitt avgrenset fra å ha betydning vedrørende tredjelandets borgeres rett til innreise. Norges vern mot diskriminering favner dermed videre enn EUs vern. Norske myndigheter må forholde seg til norsk lov. Samtidig har vi forpliktet oss til å harmonisere visumpraksis med resten av Schengen. Dersom de øvrige Schengenlands praksis er diskriminerende overfor søkere fra enkelte nasjonaliteter, vil ikke norske myndigheter kunne føre samme praksis uten at dette vil stride mot diskrimineringsloven.

Vi har sett at en forskjellsbehandling må oppfylle ”saklighetstesten” for å være lovlig. Dersom en gruppe behandles dårligere på bakgrunn av deres nasjonalitet eller nasjonale opprinnelse, er det likevel ikke snakk om diskriminering så fremt denne forskjellsbehandlingen er saklig. Formålet med forskjellsbehandlingen er av politisk art, å ha kontroll på uønsket innvandring. For å oppnå dette formål blir søkere fra enkelte deler av verden behandlet strengere enn andre søkere. Det er utlendingsforvaltningens oppgave å bevise forholdsmessigheten mellom denne behandling og formålet.

Om en etter en konkret vurdering finner at forskjellsbehandlingen er saklig, kan det i den enkelte sak likevel være snakk om en utilstrekkelig individuell vurdering av den enkelte, dersom vedkommendes individuelle forhold ikke blir tillagt tilstrekkelig vekt.

Det er viktig å legge merke til og diskutere hvilken virkning dagens praksis kan ha på mange av første-, annen- eller tredje generasjons innvandrere i Norge, og hvilke konsekvenser dette kan få på sikt. Integreringsdebatten raser i hele Europa, og vi har nylig sett eksempler fra Frankrike på hva konsekvensene av en haltende integreringspolitikk kan være. At en stor gruppe nordmenn som har bodd i landet i flere generasjoner, opplever at det nesten er umulig å få besøk fra nær familie, må nødvendigvis ha konsekvenser for deres nasjonale tilknytning til Norge, og følelsen av å være en inkludert, likeverdig del av dette samfunnet.

9 Litteraturliste

Bøker og artikler:

Bergland, Christine og Irene Sogn (1996) *Innvandringspolitiske hensyn i visumretten-En studie av myndighetenes visumpraksis overfor pakistanske visumsøkere*, JUSS-BUSS nr. 70, Institutt for rettssosiologi, Universitetet i Oslo

Bunæs, Runa...[m.fl.] (2004) *Utlendingsrett*, Universitetsforlaget, Oslo

Bø, Bente Puntervold (1989) *Den selektive kontrollen, "adgang forbudt" for pakistanske turister*, Forskningsrapport nr. 26, Diakonhjemmets sosialhøgskole, Oslo

Bø, Bente Puntervold (1994) *Et spørsmål om nasjonalitet*, Samora årgang 16, nr. 1, Oslo

Bø, Bente Puntervold (2000) *Immigration control, law and morality: Visa policies towards visitors and asylum seekers – an evaluation of the Norwegian visa policies within legal and moral frame of reference*, Oslo University College

Bø, Bente Puntervold (2002) *Immigration control, Law and Morality: Visa Policies towards Visitors and Asylum Seekers, An Evaluation of the Norwegian Visa Policies within a Legal and Moral Frame of Reference*, Unipub forlag, Oslo

Bø, Bente Puntervold (2004) *Søkelys på den norske innvandringspolitikken – etiske og rettslige dilemmaer*, Høyskoleforlaget, Kristiansand

Craig, Ronald (2002) *Diskriminering: Spiller intensjon noen rolle?* Oslo

Fundingsrud, Daniel Furió (2006) *Visum – Sivilombudsmannes uttalelser i visumsaker, generelle erfaringer med søkergrupper og individuelle forhold hos søkere*, Studentavhandling, Juridisk fakultet, Universitetet i Oslo

Eckhoff, Torstein (2006) *Forvaltningsrett* 8. utgave ved Eivind Smith, Universitetsforlaget, Oslo

Gotaas, Nora...[m.fl.] (2003) *SMED underveis - En prosessevaluering av Senter mot etnisk diskriminering*, Institutt for kriminologi og retts sosiologi, skriftserie nr. 75/2003, Universitetet i Oslo

Graver, Hans Petter (2002) *Alminnelig forvaltningsrett*, Universitetsforlaget, Oslo

Høstmælingen, Njål (2003) *Internasjonale menneskerettigheter*, Universitetsforlaget, Oslo

Høstmælingen, Njål...[m.fl.] (2004) *Arbeidsbok i menneskerettigheter*, Cappelen Akademisk forlag, Oslo

Lover, forskrifter og traktater

De forente nasjoners internasjonale konvensjon av 16. Desember 1966 om sivile og politiske rettigheter, med tilleggsprotokoller.

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 21. desember 1965 om avskaffelse av alle former for rasediskriminering.

Europarådets konvensjon av 4. November 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter som endret ved ellefte protokoll 11. mai 1994, med tilleggsprotokoller.

Forskrift om utlendingers adgang til riket, og deres opphold her (Utlendingsforskriften) av 21. desember 1990 nr. 1028

Kongeriget Norges Grunnlov (Grunnloven) 17. mai 1814

Konsulærinstruksen – Common Consular Instructions on Visas for the Diplomatic Missions and Consular Posts (tilgjengelig på <http://europa.eu.int>.)

Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. desember 1967

Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven) av 6. mars 2005 nr. 33

Lov om likestillings- og diskrimineringsombudet og likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven) 6. oktober 2005 nr. 40

Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 24. juni 1988 nr. 64

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling (menneskerettighetsloven) av 21. mai 1999 nr. 30

Menneskerettighetserklæringen av 10. desember 1948 (UN GA/RES/217 A (III) Universal Declaration of Human Rights)

Schengenavtalen av 14. Juni 1985

EU direktiv

Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin.

Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

Rundskriv

Rundskriv UDI-JURA ”Visumsaker – Krav til begrunnelse i vedtak”

Utredninger

Innst. O. nr. 69 (2004-2005) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)

Innst.S.nr.172 (1993-1994)

NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

NOU 2004:20 Ny utlendingslov

Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)

Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)

Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Rettspraksis

EMD Abdulaziz, Cabales og Balkandali v. UK, A 94 (1985)

EMD Belgian Linguistic case v. Belgia A 5 (1967)

EMD Thlimmenos v. Greece [GC], no. 34369/97, (2000)

Mr. Rupert Althammer et al. v. Austria, Communication No. 998/2001, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/998/2001 (2003)

Karnel Singh Bhinder v. Canada, Communication No. 208/1986, U.N. Doc. CCPR/C/37/D/208/1986 (1989)

S. W. M. Broeks v. The Netherlands, Communication No. 172/1984, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 196 (1990).

General recommendations

CCPR General Comment No. 18: Non-discrimination : . 10/11/89.

CERD General Recommendation No.30: Discrimination Against Non Citizens : . 01/10/2004.

CERD General recommendation no. 20: Non-discriminatory implementation of rights and freedoms (art. 5):.15/03/96 art. 1

CERD considerations

CERD/C/NOR/CO/18 Consideration of reports submitted by states parties under article 9 of the convention.

Årsrapporter, statistikker

UDIs årsrapport 2005, tilgang: <http://www.udi.no/templates/Page.aspx?id=7197>

Tall og fakta, UDI 2005, tilgang: <http://www.udi.no/templates/Page.aspx?id=7198>

SMED (2002) *Underveis mot et bedre vern*, en rapport utgitt av SMED, Oslo

SMED (2005) *Prinsipielle diskrimineringssaker 1999-2005 – En rapport basert på SMEDs rettshjelpsvirksomhet*, utgitt av SMED, Oslo

Andre kilder

www.udi.no

www.ssb.no

www.odin.no

www.humanrights.uio.no

Forelesning om diskriminering i valgemnet Internasjonale menneskerettigheter ved UIO, holdt av post.doc. Ronald Craig den 31.10.05.

Møte med Monica Hox, rådgiver ved Likestillings- og diskrimineringsombudet, den 27.09.2006

Møte med Ingjerd Hansen, rådgiver ved Organisasjonen mot offentlig diskriminering, den
28.09.2006

